

**DIREITO NATURAL,  
DIREITO POSITIVO  
E ESTADO  
DE DIREITO**

**JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA**



**JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA**

**DIREITO NATURAL,  
DIREITO POSITIVO  
E ESTADO DE DIREITO**

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS  
SÃO PAULO — 1977



S697d

Sousa, José Pedro Galvão de, 1912-  
Direito natural, direito positivo e estado  
de direito [por] J. P. Galvão de Sousa, São  
Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

Bibliografia.

1. Direito 2. Direito natural 3. Direitos  
civis 4. O Estado I. Título.

77-1053

CDU-340.12  
-340.13  
CDD-320.101  
-323.4

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12 (CDU)
2. Direito natural 340.12 (CDU)
3. Direito positivo 340.13 (CDU)
4. Direitos civis : Ciência política 323.4 (CDD)
5. Estado : Teoria : Ciência política 320.101 (CDD)
6. Teoria do Estado : Ciência política 320.101 (CDD)

Exemplar Nº 2278

Ci	340
Class.	57253
Ass	
Tomo	41627

1. Direito - Filosofia  
2. Direito natural

© desta edição da  
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78  
01501 — São Paulo, SP  
Setembro de 1977



## SUMÁRIO

Prefácio .....	VII
----------------	-----

### PRIMEIRA PARTE

#### O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO NATURAL

Capítulo I — Do direito natural clássico ao positivismo jurídico .....	3
1 — Concepção clássica de direito natural .....	5
2 — Doutrinas modernas de direito natural .....	11
3 — A negação do direito natural .....	13
Capítulo II — O positivismo jurídico e o Fundamento do Direito .....	19
1 — Spencer e Pedro Lessa .....	23
2 — Icilio Vanni e Micelli .....	29
3 — León Duguit .....	34
Capítulo III — A necessidade do direito natural .....	46

### SEGUNDA PARTE

#### O DIREITO NATURAL EM SUA FUNDAMENTAÇÃO TRANSCENDENTE E EM SUA REALIZAÇÃO HISTÓRICA ATRAVÉS DO DIREITO POSITIVO

Capítulo IV — O fundamento objetivo da ordem moral e jurídica .....	55
Capítulo V — Direito natural e direito histórico .....	71
1 — Equivocações do positivismo jurídico .....	71
2 — Direito natural e historicidade .....	75
II — O natural enquanto primitivo e o natural no sentido teleológico .....	76



4 — A exemplaridade do direito natural .....	78
5 — As variações da lei natural .....	80
6 — Nas perspectivas do pensamento de Giambattista Vico .....	81
Capítulo VI — O direito natural e as fontes do direito .....	84
1 — Direito, sociedade e Estado .....	84
2 — As fontes do direito .....	91
3 — Do direito positivo ao direito natural .....	96
Capítulo VII — O direito civil, entre o <i>ius naturale</i> e a tecnocracia .....	102
1 — O direito da sociedade e o direito do Estado ....	103
2 — Direito natural e direito histórico nas transformações do direito civil .....	112
3 — Do realismo ao voluntarismo jurídico e à tecnocracia .....	116
Capítulo VIII — O Estado de direito e o direito natural .....	125
1 — Sem o direito natural não há verdadeiro Estado de direito .....	125
2 — Direito natural e positivismo jurídico no constitucionalismo anglo-saxônio: a) Inglaterra .....	129
3 — Direito natural e positivismo jurídico no constitucionalismo anglo-saxônio: b) EUA .....	137
4 — Do Estado de direito kantiano à democracia de Weimar e ao totalitarismo .....	143
5 — Estado de legalidade ou Estado de justiça? .....	146



## PREFÁCIO

*Os estudos aqui reunidos foram escritos em diferentes épocas, mas há entre eles uma conexão que dá unidade ao presente volume.*

*A primeira parte, relativa ao positivismo jurídico em face do direito natural, data de três décadas, conservando, porém, a mesma atualidade do tempo em que foi pela primeira vez publicado.*

*Na segunda parte, há um capítulo sobre o fundamento objetivo da ordem jurídica, já dado ao prelo em 1952, agora revisto e acrescido de notas. Aí se considera o direito natural na sua transcendência. Os quatro últimos capítulos, de elaboração mais recente (1975 e 1977), têm em vista o direito natural enquanto imanente na vivência do direito histórico e na vigência do direito positivo (com relação às fontes do direito, ao direito civil e ao Estado de direito).*



## PRIMEIRA PARTE

# O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO NATURAL

*Positivismo jurídico, em sentido óbvio, é a negação do direito natural, e a afirmação de que o único direito que realmente existe é o direito positivo.*

*Entretanto, alguns autores positivistas confessam admitir o direito natural; outros, se bem que explicitamente o rejeitem, admitem-no implicitamente. E um positivismo jurídico absoluto, que negue por completo o direito natural, só é defensável, sem ilogismo, pelos que reduzem o direito às determinações arbitrárias da força socialmente preponderante.*

*Para melhor chegar a esta conclusão, mostrar-se-á que:*

*1 — há, na origem do positivismo jurídico moderno, uma incompreensão do verdadeiro sentido do direito natural (cap. I);*

*2 — há, em filosofia do direito, doutrinas positivistas, que, pelos seus próprios princípios, permitem chegar ao direito natural (caps. II e III).*

## CAPÍTULO I

# DO DIREITO NATURAL CLÁSSICO AO POSITIVISMO JURÍDICO

Para bem compreender o positivismo jurídico, importa lembrar a evolução ideológica do direito natural.

Antes do positivismo, passara o conceito clássico de direito natural por deturpações que muito o desprestigiaram, favorecendo o sucesso dos sistemas que procuravam desterrá-lo para o mundo das quimeras.

Há certas doutrinas de direito natural excessivamente abstratas e constituídas pelo abuso do método dedutivo: as que se formaram depois de Grócio, Puffendorf, Rousseau e Kant. Mas há também um sistema de direito natural baseado na evidência dos primeiros princípios do conhecimento e resultante de uma análise objetiva da natureza racional do homem. Esse sistema encontra-se naquela concepção que, proveniente dos filósofos gregos e dos jurisconsultos romanos, se incorporou ao patrimônio doutrinário da filosofia chamada por Bergson a metafísica natural da inteligência humana.

Geralmente, as críticas feitas ao direito natural atingem apenas o "jusnaturalismo" abstrato e dedutivo. Entretanto, abroquelando-se nos argumentos utilizados por tais críticas, precipitam-se muitos a uma negação sumária de todo direito natural.

Não pretendemos dizer que o positivismo jurídico se explica simplesmente como reação contra as doutrinas modernas de direito natural. Seria desconhecer-lhe as causas mais profundas. Seria omitir a



filiação da tendência positivista, no direito, à mesma tendência anteriormente manifestada na filosofia.

O século XIX foi o século positivista por excelência. Ofuscados certos espíritos pelo surto admirável das ciências experimentais, pareceu-lhes ter sido chegado o tempo de uma completa revisão dos velhos princípios admitidos pela maioria das escolas filosóficas. Era preciso rejeitar todo o *apriorismo* da escolástica e de alguns filósofos modernos, como Leibniz ou Kant. Só ao método positivo, isto é, construído sobre o alicerce inconcusso das realidades empíricas, seriam conferidos, daí por diante, foros de cidadania científica. O processo indutivo, que tão bons resultados trouxera nas ciências físicas e naturais, devia ser o único a conduzir também as pesquisas sobre o homem e a sociedade.

Nada disso podemos esquecer na gênese do positivismo filosófico e do positivismo jurídico.

Mas é fora de dúvida, que aquele equívoco a propósito do direito natural, sobre ter contribuído poderosamente para a formação do positivismo jurídico, teve ainda por efeito propiciar-lhe uma grande aceitação.<sup>1</sup>

A uma época dominada pelo progresso da técnica e pela fascinação das ciências experimentais, não podiam satisfazer as abstrações dos Tratados que apareciam como uma herança da “escola do direito da natureza e das gentes” e que faziam esquecer o conceito objetivo do direito natural.

É interessante todavia verificar que, malgrado as inúmeras críticas provocadas pelo direito natural moderno, os positivistas muitas vezes se aproximam,

1. Embora se ache em franco declínio, nos domínios da filosofia do direito, ficou o positivismo jurídico por demais generalizado entre os juristas de profissão. Em certos meios, dele ainda podemos dizer, com François Géný que é “a atitude habitual e corrente dos intérpretes do direito na hora atual”, a “posição mais geralmente adotada pelos jurisconsultos” (François Géný, *Science et technique en droit privé positif*, II, Recueil Sirey, Paris, 1927, pág. 31 e *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.<sup>a</sup> ed., II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932, pág. 334).



sem o perceber, dos princípios fundamentais do direito natural clássico, nem sempre conhecido suficientemente pelos seus adversários.

## 1 — Concepção clássica de direito natural

A expressão *direito*, correspondente ao latim *ius*, é usada hoje para designar o que os antigos chamavam de *iustum* (o justo objetivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *potestas* (direito subjetivo) e *iurisprudencia* (ciência do direito). Trata-se de um termo análogo, isto é, que tem sentidos diversos mas relacionados entre si.

É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos. Mas as leis não podem ser elaborados arbitrariamente pelo legislador. Há uma justiça anterior e superior à lei escrita, há direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescrições da ordem jurídica positiva, fundamentam-se na lei natural.

Distinguia Aristóteles o justo por natureza, do justo por lei. E os mestres da jurisprudência em Roma afirmavam que, além do direito próprio de cada Estado, existe um direito decorrente da natureza humana e, portanto, universal.

No século VII, Santo Isidoro de Sevilha entendia por direito natural as leis de procriação e conservação da espécie, comuns ao homem e aos animais, e as noções primeiras que são próprias dos seres racionais, neles produzindo efeitos conformes ao *aequum et bonum*. Mais tarde, o *Decretum* de Graciano inspirava-se nas lições de Santo Isidoro, e os escolásticos

2. Aristóteles, *Ethica Nicom.*, V. 7 (10). Ulpiano: D. 1.1.1,3 e 4. Gaio: D.1.1.9. Paulo: D.1.1.11. Institut. (Justin.), 1.2.1 e 11.



ensinavam ser a lei natural a participação da lei eterna no homem.<sup>3</sup>

Enfim, das fontes greco-romanas, aproveitadas na Idade Média, pelos canonistas e teólogos, resultou toda uma tradição doutrinária sobre a lei natural. Não obstante as múltiplas variantes dessa tradição, é unânime a aceitação de um princípio superior de conduta, regra geral de toda ação humana, inerente à própria natureza e critério supremo da justiça e da equidade. Baseado na distinção entre o bem e o mal, o justo e o injusto, esse princípio é universalmente admitido, porque evidente, e assim pode formular-se: devemos praticar o bem e evitar o mal. É o direito natural, de que dizia Paulo: *quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale*.<sup>4</sup>

Ninguém com maior elegância do que Cícero discorreu sobre a lei fundamental da ordem jurídica, essa *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*.<sup>5</sup>

3. S. Isid., lib. V *Etymol.* e *Corpus Iuris Canonici, Decretum Grat.*, I.<sup>a</sup> Pars, Dist. I e IV. Santo Tomás de Aquino, S. Th., I.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 91, art. 2. Confirmando a doutrina das *Etymologias*, escreve o maior comentador de Aristóteles: *Est autem considerandum quod iustum naturale est ad quod hominem natura inclinatur. Attenditur autem in homine duplex natura. Una quidem, secundum quod est animal, quae sibi et aliis animalibus est communis. Alia autem natura est hominis, prout scilicet secundum rationem discernit turpe et honestum. Iuristae autem illud tantum dicunt ius naturale quod consequitur inclinationem naturae communis homini et aliis animalibus, sicut coniunctio maris et feminae, educatio nativum, et alia huiusmodi. Illud autem ius quod consequitur propriam inclinationem naturae humanae, scilicet ut homo est rationale animal vocant iuristae ius gentium, quia eo omnes gentes utuntur, sicut quod pacta sunt servanda, et quod legati apud hostes sint tuti, et alia huiusmodi. Utrumque autem horum comprehenditur sub iusto naturali, prout hic a Philosopho accipitur (In *Ethic.*, lib. V, lec. 12). Quanto à distinção entre o *ius naturale* e o *ius gentium*, fuge ao escopo deste trabalho. Note-se, no trecho citado, o princípio *pacta sunt servanda*, mais tarde retomado por Grócio.*

4. D.1.1.11.

5. É este um dos mais belos trechos de Cícero, entre os muitos que nos deixou sobre a lei natural: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sem-*



A lei natural é conforme à natureza, *naturae congruens*. Por isso mesmo, é a *recta ratio*. Pois a natureza humana é racional e a lei natural não é mais do que a norma que diz: devemos proceder como homens, devemos agir racionalmente.<sup>6</sup>

Funda-se, portanto, a lei natural em a natureza racional do homem.

Temos da natureza humana um conhecimento que nos vem da experiência. Essa natureza é especificamente a mesma em todos os homens. Sendo um ser composto de espírito e matéria, deve o homem, pelo seu corpo, pagar tributo às leis físicas, mas, pela razão, domina a natureza e é senhor de seus atos. Livre e responsável, está sujeito a obrigações, e a razão aponta como obrigação fundamental, a de se conformar à lei da sua natureza. Tem o homem um fim pessoal, a própria felicidade, que só pode conseguir com o auxílio dos seus semelhantes, pelo que deve viver em sociedade, respeitando os direitos dos outros homens e satisfazendo às demais exigências da vida em comum.

As substâncias minerais e os organismos vivos dependem das leis físicas e biológicas. Vivendo no mundo material e tendo também um organismo, sofre o homem o efeito dessas leis. Mas o elemento espe-

*piterna; quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota obrogari potest; nec vero aut per senatum, aut per populum solvi hac lege possumus; neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis; alia nunc, alia posthac: sed et omnes gentes et omni tempore una lex, et sempiterna et immutabilis continebit; unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus, hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit (De republica, II, 22).*

6. Só se fosse possível ao homem deixar de ser homem, poderia ele viver sem estar sujeito à lei natural: *Sine lege naturali essent si praeter naturam humani generis esse potuissent* (Santo Agostinho, *Enarrat. in Ps. CXVIII, Sermo 25,4*). É a mesma idéia expressa no citado trecho de Cícero; *cui qui non parebit, ipse se fugiet, naturam hominis aspernatus...*



cífico do homem é a razão. E por isso há uma lei natural especificamente humana, de essência racional e, portanto, moral.<sup>7</sup>

Porque a natureza humana é universal e permanente, universal e permanente deve ser a sua lei: *diffusa in omnes, constans, sempiterna...* Mas essa lei imutável nos dá apenas os primeiros princípios da moralidade; nas aplicações, terá que variar, como varia também a natureza humana enquanto se consideram as circunstâncias do ambiente, da época e do próprio indivíduo.

De tudo isto, podemos já concluir que:

1 — o direito natural é um direito essencialmente moral;

2 — o direito natural, no sentido estrito, reduz-se aos primeiros princípios da moralidade.

Expliquemos melhor essas duas conclusões, que nos farão compreender o verdadeiro sentido do direito natural na sua concepção tradicional.

### 1. O direito natural é essencialmente moral

Toda lei se ordena para um bem, em vista de cuja consecução determina o que é preciso fazer, o que é proibido ou o que é simplesmente permitido.

A lei natural tem em vista o bem humano, isto é, o bem da natureza humana como tal. Trata-se de um conceito que não é puramente abstrato, mas que supõe um conhecimento experimental da natureza humana, das circunstâncias reais em que vive o homem, do que há de permanente e variável nele.

Tomamos aqui *natureza* no sentido de essência, e é preciso distinguir o que é natural, neste sentido, do espontâneo e do primitivo. Natural é o que cor-

7. "Moral" vem de *mos, moris* (costume). A lei moral é a regra dos costumes. Os costumes devem ser conformes à lei moral, e são viciosos sempre que a transgridem. O costume é um hábito, não congênito, mas livremente adquirido, i.é, adquirido pela repetição de atos livres e, portanto, racionais. A moralidade supõe um sujeito racional, livre e responsável.



responde à essência de um ser. Ora, a essência do homem, ou sua forma específica, nos é dada pela razão. Natural é, pois, no homem, o que se conforma à reta razão. E não é difícil perceber no homem certas inclinações naturais que se podem discernir dos apetites inferiores quando estes se opõem à razão. O bem humano é o que propriamente corresponde a tais inclinações. Pela lei natural, todo homem tem, por exemplo, direito à vida, direito a constituir família, direito ao produto do seu trabalho.

Entretanto, esses direitos devem ser exercidos na ordem social em que vive o homem e a qual também corresponde a uma inclinação de sua natureza. Ora, a sociedade não se pode manter sem que sejam limitadas as atividades dos indivíduos e os seus direitos. Donde o direito positivo, que determina concretamente os preceitos da lei natural, em vista das exigências do bem comum. Tem a pessoa humana direitos superiores à ordem social. Mas deve o homem, como parte do todo social, subordinar-se à coletividade.

Neste sentido, não se opõe ao direito natural clássico a idéia do direito positivo como conjunto de condições restritivas da liberdade para tornar possível a coexistência humana.

Dizemos que o direito natural é um direito essencialmente moral porque tem por fim o bem do homem enquanto homem. Ao passo que o direito positivo tem por objeto o bem humano social. É verdade que o direito natural se aplica ao homem na sociedade — e não num hipotético estado de natureza em que cada um vivesse isolado — mas ele não é um simples corolário da sociabilidade humana, como o direito positivo. E o direito positivo, embora também seja moral, pelo seu fundamento — pois se funda na lei natural — caracteriza-se por uma técnica peculiar adaptada às exigências do bem comum.

## 2. *O direito natural é redutível aos primeiros princípios da moralidade*

Deve-se fazer o bem e evitar o mal: eis o primeiro princípio da lei da natureza, que contém vir-



tualmente todos os outros. Já dissemos que a lei natural ordena os nossos atos para o bem humano e que o bem humano corresponde às inclinações naturais do homem. Seguindo a ordem dessas inclinações, vamos encontrando os diversos preceitos da lei natural, os quais particularizam a idéia geral de que o bem humano deve ser feito.

Desses preceitos podemos tirar conclusões ainda mais particulares. Assim, por exemplo, uma das inclinações naturais do homem é para a conservação da própria vida. Daí resulta a propriedade como um direito conforme à lei natural, pois a vida humana não se pode manter sem que exerça o homem sobre as coisas da natureza, um domínio que lhe permita apropriar-se delas para satisfazer às suas necessidades pessoais.

Todas estas conclusões da lei natural resolvem-se naquele princípio generalíssimo — *o bem deve ser feito e o mal, evitado*

Esse princípio é de uma necessidade universal e de evidência imediata. Procurar o seu próprio bem quer dizer, para o homem, viver de acordo com a razão, isto é, conservar racionalmente a própria vida, a vida da espécie e a ordem social.

Ora, essa racionalização da vida é precisamente o objeto da moral. Eis por que os Tratados de Direito Natural, que se filiam à tradição cujas idéias se procura aqui resumir, cuidam de muitos assuntos de filosofia moral.<sup>8</sup>

O primeiro princípio da lei natural abrange todo o campo da moral, porque regula toda a conduta humana. Sempre deve o homem pautar seus atos pelas regras da reta razão.

E o objeto do direito natural coincide com o da moral, na parte em que esta trata dos deveres de justiça e na moral social.

As considerações que os diversos Tratados de Direito Natural fazem sobre a propriedade, o casa-

8. Cf. Taparelli D'Azeglio, Liberatore, V. Cathrein, J. Leclercq, A. Valensin, Meyer, Cepeda etc.



mento, os contratos, a vida associativa ou o Estado, formam o direito natural no sentido lato. Mas no seu sentido estrito, consiste o direito natural nos primeiros princípios de moralidade, concernentes à racionalização da vida, e que se reduzem, por sua vez, ao princípio generalíssimo que nos leva a praticar o bem e evitar o mal.

## 2 — Doutrinas modernas de direito natural

A tradição formada pelos filósofos gregos, os jurisconsultos romanos, os teólogos e canonistas da Idade Média, sofreu posteriormente um grande desvio, por influência do voluntarismo, racionalismo e do individualismo. O voluntarismo, ganhando terreno no período da decadência da escolástica, negava a existência do bem e do mal em si mesmos, atribuindo a lei natural a um decreto arbitrário de Deus e não mais a razão divina. É o precursor remoto do positivismo jurídico moderno. O racionalismo seccionava a lei natural da lei eterna, fazendo-a decorrer simplesmente da natureza humana. O individualismo, enfim, baseava a ordem jurídica, não no fundamento objetivo que é a lei natural, mas nos direitos naturais subjetivos.

A essas novas direções do pensamento se prendem os diversos sistemas de direito natural do século XVIII em diante.<sup>9</sup>

Entre tais sistemas há inúmeros pontos de contato, mas não é possível reduzi-los a certos princípios comuns, a exemplo do que se pode fazer com o direito natural clássico. A nova filosofia do direito não escapa à característica geral do pensamento moderno — a falta de continuidade. Grócio, por exemplo, se, pelo abuso das abstrações e do método dedutivo, faz jus ao título de fundador do direito natural

9. Não se trata de direções opostas. Kant e Rousseau, p. ex., são eminentemente racionalistas e individualistas.



moderno, por outro lado repete ensinamentos tradicionais e, ao contrário dos individualistas, acentua o caráter social do direito.<sup>10</sup>

Há, porém, em grande número dos autores que se filiam à “escola do direito da natureza e das gentes”, ou ao *Naturrecht* dos alemães, alguns traços que embora não sejam constantes em todos eles, nem permitam chegar a uma síntese completa e harmoniosa, caracterizam de certa maneira os novos sistemas, especialmente em oposição ao direito natural clássico.

Não mais se nota aquela distinção que fora feita entre os primeiros princípios da lei natural e os preceitos secundários deles derivados. Transforma-se o direito natural em um sistema imutável deduzido *more geometrico* de um conceito abstrato da natureza humana e válido para todos os povos e todos os tempos, e que bem merece a famosa crítica de Augusto Comte à “política metafísica”, acusada de “fazer predominar a imaginação sobre a observação” e estabelecer “o tipo eterno da mais perfeita ordem social, sem ter em vista nenhum estado determinado de civilização”.<sup>11</sup>

Surge, assim, o direito natural como um conjunto de normas que deve servir de modelo às legislações positivas. Daí a definição de Oudot: “o direito natural é a coleção das regras que é desejável ver transformada imediatamente em lei positiva”.<sup>12</sup> É a confusão do *direito natural* com o *direito ideal*.

10. Para um estudo completo dos modernos sistemas de direito natural, seria preciso analisar detidamente a obra de Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Locke, Leibniz, Thomasius, Wolf, Rousseau e Kant, bem como a de autores de menor projeção. Tal objetivo excede de muito a finalidade da presente dissertação, que não se destina a ser uma história da filosofia do direito. Trata-se apenas de mostrar, na medida do necessário para compreender a reação positivista, como os sistemas modernos de direito natural se opõem à concepção tradicional.

11. A. Comte, *Plan des travaux scientifiques nécessaires, pour réorganiser la société*, pág. 84, em apêndice ao t. IV do *Système de politique positive*, Carilian-Goeury et Vor. Dalmont, Paris, 1854.

12. Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, pág. 67, apud Beudant, *Le droit individuel et l'État*, A. Rousseau, Paris, 1891, pág. 37.



Além disso, como já foi visto, exageram-se os direitos subjetivos naturais, afirmando-se o princípio da autonomia da vontade, que exerceu influência preponderante em todo o direito moderno.<sup>13</sup>

Esses característicos, que se encontram em muitos autores racionalistas e individualistas, podem ser assim indicados num quadro comparativo em que se acentua a sua oposição ao direito natural clássico:

## DIREITO NATURAL

### *Conceito clássico:*

1. Primeiros princípios da moralidade, cujas aplicações supõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana. Caráter permanente e variável do direito natural, conforme se trate dos princípios primeiros ou de suas aplicações.

2. Fundamento do direito positivo.

3. Primado da lei natural, fundamento objetivo do direito.

### *Sistemas racionalistas e individualistas:*

1. Sistema completo, universalmente válido e imutável, deduzido de uma noção abstrata de natureza humana.

2. Ideal do direito positivo.

3. Predomínio dos direitos naturais subjetivos.

## 3 — A negação do direito natural

Nas suas críticas do direito natural, os positivistas não tiveram o cuidado de distinguir precisamente

13. A liberdade é, para Rousseau e Kant, o direito fundamental, em função do qual se constitui toda a ordem jurídica. Hobbes e Spinoza, por sua vez, haviam identificado o direito natural com o poder físico.



entre as doutrinas modernas e a concepção clássica. É o direito ideal e abstrato, isto é, a corrupção do autêntico direito natural, que constitui dessas críticas o alvo predileto.

Conhecessem bem os positivistas a concepção tradicional do fundamento da ordem jurídica e não lhes aconteceria negar com palavras uma idéia que se encontra, por vezes, implícita no seu pensamento. Contradizem-se a si mesmos os adversários do direito natural, pois apresentam conceitos equivalentes ao objeto de suas negações, como se verá no capítulo seguinte.

Uma das questões freqüentemente suscitadas pelos positivistas é a que diz respeito à universalidade e imutabilidade da lei da natureza.

Diante das variações da moral e do direito, no espaço e no tempo, apregoam os positivistas o mais completo relativismo, dando o valor de uma crítica decisiva à *boutade* de Pascal: *Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà...*

Ou há um direito invariável, ou não há direito natural. Assim raciocinam os positivistas. E da inegável diversidade dos sistemas jurídicos, atestada por uma série imensa de fatos colhidos nas páginas da história e nas informações da etnologia, concluem triunfantes que a velha idéia do direito natural não resiste a uma severa crítica científica.

Mas a argumentação é falha. Não basta confrontar com as observações dos fatos sociais somente os sistemas de direito natural que têm a pretensão de estabelecer um tipo perfeito e imutável de toda a ordem jurídica positiva. Segundo a genuína concepção de direito natural, os predicados de universalidade e imutabilidade valem para os primeiros princípios, mas à medida que se vai descendo ao particular e contingente, nas aplicações da lei da natureza, mais variável e relativa se torna esta.

A proposição disjuntiva — ou há um direito invariável, ou não há direito natural — é, pois, incom-



pleta se se trata de todos os preceitos da lei natural; só é legítima com relação aos primeiros princípios.

Sobre este assunto, cumpre ainda distinguir a lei natural *em si mesma* e no *conhecimento* que dela temos.

Quanto aos primeiros princípios, a lei natural é universal e permanente em si mesma, e é de todos igualmente conhecida sem possibilidade de erro. Tais princípios são conaturais à razão humana. Impõem-se pela própria evidência. A ninguém é preciso, nem seria possível, demonstrar que deve fazer o bem e evitar o mal. E aí está uma verdade mais certa que qualquer outra verdade de ordem prática, pressuposto necessário de toda e qualquer ação. É assim também que todo homem sabe que deve respeitar os direitos alheios e dar a cada um o que é seu.

Quanto aos preceitos secundários, a lei natural nem sempre é invariável, mas só na maioria dos casos, e ainda quando o é, pode não ser igualmente conhecida.

Compreende-se que a lei natural varie nas suas aplicações, dada a extrema contingência de sua matéria. Nisso está uma diferença de capital importância entre a lei moral e a lei física, as ciências práticas e as ciências puramente especulativas. Se nestas últimas, tanto os primeiros princípios como as conclusões são invariáveis, o mesmo não se dá nas ciências que têm por objeto a ordenação do agir humano. É sempre verdade que a soma dos ângulos de um triângulo é igual a dois ângulos retos, e que os corpos se atraem na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias. Mas nem sempre se deve pôr em prática num preceito particular da lei natural, pois há circunstâncias que o alteram ou tornam dispensável. Seja o conhecido exemplo da obrigação de restituir uma coisa dada em depósito. Trata-se de um preceito secundário da lei natural, aplicação do princípio geral de justiça — dar a cada um o que lhe pertence. Suponhamos que eu tenha recebido uma arma em depósito. Se o depositante ou proprie-



tário pedir a devolução dessa arma para cometer um crime, é claro que eu não devo entregá-la.

Finalmente, o conhecimento dessas aplicações da lei natural não é o mesmo em todos os homens e pode ser prejudicado por causas acidentais, como a força das paixões, os maus costumes ou o diverso desenvolvimento da razão e da civilização. É o que explica o fato de alguns povos terem chegado a considerar lícitos o furto ou a antropofagia.

Aliás, os recentes dados de uma etnologia rigorosamente objetiva revelam, nos povos primitivos, um conhecimento da lei natural mais perfeito do que neles supunham os evolucionistas do século passado.

Na verdade, são os povos degradados pelos maus hábitos e as paixões, os que corrompem o direito natural, sem perderem, contudo, as noções mais elementares dessa lei que “para todas as nações e em qualquer época, é una, eterna, imutável”.

Esses desvios do direito natural, em suas aplicações pelo direito positivo, mostram que há leis justas e injustas, mas não provam que não há direito natural.

Que é uma lei injusta? É uma lei contrária à razão e que, por isso mesmo, não é verdadeira lei. Dá-se, algumas vezes, a forma extrínseca do direito positivo ao que, por não ser justo, não é um direito. Eis por que Vico apodava as leis injustas de *monstra legum*. E Olgiati pondera que, não obstante falar em direito seja o mesmo que falar em justiça, há um direito positivo justo e um injusto, assim como o conceito de arte se reduz ao belo mas, empiricamente, há obras de arte bonitas e feias.<sup>14</sup>

14. F. Olgiati, *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Giuffrè, Milão, pág. 119. À pág. 105 do mesmo ensaio, escreve o autor: “No direito natural, o que é justo resulta da natureza da realidade; e nisso não entra a vontade humana. Cabe-nos apenas reconhecer, com a inteligência, a existência duma relação de justiça, e respeitá-la praticamente com a vontade; mas a *voluntas* nada tem que fazer com a *natura rei*, quando esta existe. É verdade que a *voluntas* é freqüentemente geradora dessa relação; mas uma vez posta tal relação, é a *natura*



Por outras palavras, o direito natural é a expressão mesma da justiça, ao passo que o direito positivo pode, de fato, ser injusto, por violar o direito natural.

Ao direito positivo injusto e às leis injustas, damos o nome de direito e de lei por analogia. Carecem do senso da analogia todos aqueles que, privados da plasticidade de espírito necessária para bem distinguir as coisas, querem encontrar no direito natural elementos característicos do direito positivo.

É o caso dos que negam o direito natural porque não há direito sem coação.

Qual é o seu raciocínio? Consideram eles que a coação é elemento essencial do direito positivo, e como o direito natural seja desprovido de coação, negam o direito natural. Ora, isto equivale a dizer que o direito natural não existe... porque não é um direito positivo!

Mesmo que se admita — o que é bastante discutível — ser a coação imprescindível ao direito positivo, daí não se pode inferir a negação do direito natural. Resta saber ainda se ao legislador positivo é lícito sancionar quaisquer preceitos, ou se ele precisa conformar-se às exigências da justiça expressa pelo direito natural. Resta saber se, além do direito coativo, existe ou não outro direito.

A existência de elementos próprios do direito positivo não impede que se reconheça o direito natural. Nem se deve evidentemente procurar no direito natural o que é peculiar à ordem jurídica positiva.

*rei*, e não a *voluntas*, que a faz ser o que ela é. Ao contrário, no direito positivo, o que é justo é determinado *também* e algumas vezes *somente* pela vontade.... Por tal motivo, no direito natural o que é coincide com o que deve ser e não há possibilidade de uma oposição entre a ordem ontológica e a ordem deontológica; no direito positivo — pela intervenção sempre necessária da *voluntas* — podemos ter o que é bem diverso do que deve ser, isto é, podemos ter um direito positivo oposto à justiça". Quanto à citada expressão de Vico, cf. *De uno universi iuris principio et fine uno*, c. LXXXIII.



Não é no mesmo sentido que se diz *direito* do direito natural e do direito positivo. *Ius pluribus modis dicitur*, já ensinava o bom senso dos romanos.<sup>15</sup>

O direito não é um termo unívoco — como querem os positivistas — nem equívoco, mas análogo. O direito natural é justo em si mesmo. O direito positivo é justo enquanto o corrobora ou pelas legítimas determinações do poder social competente. Na medida em que se afasta do direito natural, torna-se o direito positivo um direito injusto.

Postos estes esclarecimentos, indispensáveis para julgar o positivismo jurídico, entremos no exame de algumas doutrinas positivistas com relação ao fundamento do direito.

15. D.1.1.11. Segue-se, no mesmo trecho do Digesto, a distinção feita por Paulo entre *ius naturale* e *ius civile*, isto é, direito natural e direito positivo. Já vimos que a palavra *direito* tem várias significações. A maioria dos autores hodiernos limita-se a assinalar estas duas: *direito objetivo* (lei) e *direito subjetivo* (poder moral de agir conforme a lei, exigindo o que nos é estritamente devido). Quando se fala em direito natural e positivo, é preciso atender ao sentido que se tem em vista. Assim como há uma lei natural e uma lei positiva, há também direitos subjetivos naturais e direitos subjetivos positivos.



## CAPÍTULO II

# O POSITIVISMO JURÍDICO E O FUNDAMENTO DO DIREITO

Não é tão simples quanto pode parecer à primeira vista conceituar o positivismo jurídico.

Desde Arquelau e Aristipo, na antigüidade, até Gurvitch e Alexeiev, em nossos dias, tem ele revestido as mais diversas formas.

Encontramo-lo no utilitarismo inglês, no sistema filosófico de A. Comte, na escola penal italiana de Ferri e Lombroso, nas aplicações ao direito da sociologia de Durkheim e Levy-Bruhl. Além dos que seguem o puro sociologismo durkheimiano, inúmeros são os partidários de um positivismo sociológico, confinando, conforme o caso, pelos limites das ciências naturais, da psicologia ou da história: aqui se enquadram o evolucionismo de Spencer, a orientação psicológica predominante nos estudos de filosofia jurídica dos positivistas italianos e a escola histórica do direito.

No positivismo costuma-se incluir o nome de Rudolph von Ihering, a cujo sistema, construído em torno da noção de finalidade do direito, podemos denominar positivismo teleológico.

Como Ihering, contribuíram para a difusão da mentalidade positivista na Alemanha certos tratadistas de direito público que faziam do Estado a fonte única do direito, p. ex., Laband e Jellinek.

Positivistas são Georges Gurvitch e Georges Ripert, mas cada qual a seu modo.



Gurvitch propõe, para substituir o direito natural, o “direito positivo intuitivo”, que coexiste com o direito positivo formal, fundamentados ambos na autoridade dos “fatos normativos”. Seu sistema é uma curiosa combinação de doutrinas metafísicas e sociológicas, que ele próprio classifica de “ideal-realismo”.

Ripert, contestando igualmente a existência do direito natural, julga, entretanto, que deve a ordem jurídica ter uma base moral, inspirando-se os legisladores e os juizes, ao elaborar e aplicar o direito, nas concepções morais do Cristianismo, em que se estrutura a nossa civilização: é um moralismo positivo ou positivismo jurídico-moral.<sup>1</sup>

Acentuado é o positivismo das correntes que procuram criar uma ciência jurídica independente da filosofia geral: a *Allgemeine Rechtslehre* de Merkel e Bergbohm, a *Analytical School of Jurisprudence* de Austin ou o *droit pour* de Edmond Picard.

Próxima dessas orientações está a tendência dos que reduzem o direito à lei escrita, fazendo desta a fonte única do direito e também o seu fundamento: *ius quia iussum est*. Trata-se de uma forma ingênua do positivismo jurídico, a se refletir no formalismo dos que aceitam a idéia da “plenitude logicamente necessária do direito positivo”.<sup>2</sup>

1. Positivismo jurídico-moral, porque, eliminada a lei natural, restam apenas o direito positivo e a moral positiva (leis positivas humanas e divinas). Rejeitando o conceito racional de direito natural e substituindo-o pela moral cristã (lei divina positiva), Ripert incorre num fideísmo absolutamente inaceitável, esquecendo-se de que a moral cristã supõe o direito natural como a graça supõe e não destrói a natureza. No seu conhecido livro *La règle morale dans les obligations civiles*, adota Ripert um critério estritamente sociológico, preconizando a moral dominante no meio social.

2. Temos falado em fontes e fundamentos do direito. O fundamento do direito pode considerar-se sua fonte racional (*ratio iuris*). Mas no sentido estrito, fonte de direito é o órgão revelador da norma jurídica, com autoridade para impô-la num determinado meio social. Segundo a “escola de exegese”, que tanta fortuna teve na França, só a lei escrita é fonte de direito. Isto não exclui necessariamente o direito natural como fundamento do direito positivo, isto é, das leis escritas. No entanto, parece fora de dúvida que a “escola de exegese” muito contribuiu para desenvolver, entre os juristas, o hábito de aplicar e respeitar os textos legislativos



O conformismo que vai nessa atitude de aceitação passiva e benévola do direito vigente, facilmente pode levar ao ceticismo jurídico, que considera o direito expressão passageira duma certa ordem de coisas representando ou a vontade dos mais fortes, ou os preconceitos e convenções de uma classe social. Tal é o positivismo dos marxistas, que dão ao direito, como a tudo o mais, na sociedade, um fundamento econômico, caindo, assim, no mais radical materialismo.

Note-se, finalmente, que até mesmo entre certos mestres do direito natural moderno se pode encontrar uma forma de positivismo jurídico. É o caso de Hobbes e Rousseau.

Singular, a doutrina de Hobbes: o direito positivo é criação do poder absoluto do Estado e surge em oposição ao *ius naturale*, que corresponde ao instinto libertário dos homens. Pelo *ius naturale* teriam os homens direito sobre tudo e sobre todos; seriam, desse modo, levados ao *bellum omnium contra omnes*. Donde a organização social e jurídica, visando garantir a ordem e a paz. Hobbes é um dos mais extremados e lógicos positivistas. Como fruto de suas deduções, deixou-nos uma teoria completa do Estado totalitário.<sup>3</sup>

Quanto ao paradoxal escritor genebrino, coloca o fundamento do direito positivo no contrato social, que dá ao Estado um poder absoluto sobre todos os indivíduos, sendo o direito natural um sistema à parte, concebido idealmente pela razão.<sup>4</sup>

como se aí estivesse todo o direito. É o positivismo legalista, supondo na lei uma perfeição excessiva e acreditando nela encontrar solução para todos os casos da vida jurídica, o que implica o desconhecimento da pluralidade real das fontes de direito e uma restrição exagerada do poder do juiz.

3. É a tese sustentada por J. Vialatoux em seu livro *La Cité de Hobbes*. Com Vialatoux, devemos ver em Hobbes um sistematizador do Estado totalitário, sem pretendermos atribuir-lhe nenhuma paternidade sobre doutrinas políticas posteriormente em curso na Alemanha e na Itália, geralmente de inspiração idealista.

4. Sobre o direito natural em J. J. Rousseau, leia-se o seu *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les*



Através das múltiplas direções acima exemplificadas podemos distinguir, no positivismo jurídico, os três seguintes aspectos:

1 — o que reduz todo direito ao direito positivo, sem admitir nenhuma espécie de direito natural (exemplo: o “direito puro” de Picard);

2 — o que atribui um valor intrínseco absoluto ao direito positivo, negando-lhe um fundamento suprajurídico, mas admitindo também um direito natural (exemplo: o positivismo de Rousseau);

3 — o que fundamenta o direito positivo em uma lei superior, de ordem cósmica ou sociológica (exemplo: o sistema de Spencer).

O primeiro equivale simplesmente à negação da filosofia do direito. Atitude análoga foi a dos que, no domínio das ciências físicas e naturais, pretendiam separar as ciências particulares da filosofia.

E se este cientificismo já passou de moda, após a crítica decisiva de E. Boutroux, H. Poincaré, P. Duhem, E. Meyerson, H. Driesch e tantos outros, o mesmo sucede com tal forma de positivismo jurídico, que vai perdendo todo o seu prestígio de outrora, graças à reabilitação do direito natural.

O segundo aspecto discriminado vem a dar na mesma consequência negativa do precedente. Pelo que respeita ao direito natural, é este concebido não como o fundamento da ordem jurídica, positiva, mas como um direito primitivo e hipotético. E o direito positivo continua a valer por si próprio, sem necessidade de outro princípio que o justifique.

Resta-nos examinar o positivismo jurídico dos que reconhecem a existência de uma norma superior à ordem jurídica positiva e fundamento desta. Mesmo quando essa norma é concebida à maneira das leis físicas ou das leis da vida, isto é, como simples expressão de um fato, implica, a bem dizer, um verdadeiro direito natural, que é, aliás, explicita-

*hommes*. Sobre o positivismo jurídico do mesmo autor: *Du contrat social*, Livro I, caps. I e VIII e Livro II, cap. IV.



mente reconhecido por muitos. É o que procuraremos demonstrar, analisando a doutrina de alguns autores particularmente característicos desta forma de positivismo jurídico e dignos de menção pela grande influência que exerceram.

## 1 — Spencer e Pedro Lessa

Aplicando os princípios gerais do evolucionismo transformista, que considera o homem o produto mais aperfeiçoado da escala zoológica, ensina Spencer que a moral humana é um desenvolvimento da moral praticada pelos animais inferiores. Assim, a justiça entre os homens tem a mesma natureza que a justiça infra-humana, formando, uma e outra, partes de um todo contínuo.

Ora bem, do que decorre a justiça na “moral animal”?

Para respondermos a essa questão, limitando-nos estritamente ao pensamento de Spencer, devemos antes lembrar o conceito de filosofia moral no sistema do grande mentor do evolucionismo, conceito esse que acusa a influência utilitarista, tão pronunciada na filosofia inglesa.

Segundo Spencer, a ética deve cuidar da conduta em geral considerada objetivamente enquanto produz bons ou maus resultados. A conduta é o complexo dos atos ajustados a um fim, ou melhor, o ajustamento dos atos aos fins. A mais perfeita conduta é a que assegura uma vida mais longa, ampla e completa. Medem-se os bons e maus resultados, pela utilidade que os atos acarretam para a conservação da espécie e do indivíduo.

Há, na ética animal, dois princípios cardeais e opostos: 1.º) — na “infância” dos animais, são-lhes conferidas vantagens na razão inversa de suas aptidões individuais; 2.º) — na “idade adulta”, ao contrário, as vantagens se distribuem na razão direta do mérito, sendo este determinado pela adaptação do indivíduo às condições de existência. A persistência



desses dois princípios essenciais e opostos assegura a conservação da espécie, sendo o primeiro a lei que rege a família, composta de adultos e pequenos, e o segundo a lei que rege a espécie enquanto se compõe de adultos. Este segundo princípio implica a *sobrevivência dos mais aptos* e é daí que Spencer faz derivar a noção de justiça.

A lei de sobrevivência dos mais aptos é simplesmente a expressão de um fato. Padecem alguns as conseqüências de sua adaptação defeituosa, enquanto outros, mais felizes, fruem os benefícios de uma adaptação mais perfeita. A natureza de cada um impõe-lhe sua linha de conduta, a cujas conseqüências incoercíveis cumpre submeter-se.

Lei geral de toda a biologia, a sobrevivência dos mais capazes também se manifesta nas relações recíprocas entre as partes de um organismo e na adaptação da espécie ao meio em que se encontra. Dela resulta a justiça que se encontra nos animais brutos, a qual consiste em cada indivíduo receber os benefícios e arcar com os efeitos nocivos da sua natureza e da conduta correspondente.

Tal é a lei da justiça infra-humana. E se a justiça humana é um desenvolvimento ulterior dessa justiça própria aos seres vivos mais simples que o homem, tal será também a sua lei. Com efeito, a conservação da espécie humana é igualmente assegurada pela lei em virtude da qual os indivíduos adultos melhor adaptados às condições de sua vida são os que mais prosperam.

No que é útil à conservação da espécie, reside, pois, o critério do bem para Spencer. E seu sistema de moral depende deste postulado, aliás expresso nas primeiras páginas da "Justiça": a conservação da espécie é o sumo bem.<sup>5</sup>

5. Spencer fala em "postulado hipotético". Dessa hipótese — "a preservação e a prosperidade da espécie são desejáveis" — tira uma conclusão geral e desta, por sua vez, tira três corolários de extensão mais limitada: "A conclusão absolutamente geral é que, na hierarquia das obrigações, a preservação da espécie deve prevalecer sobre a do indivíduo... Em caso de conflito, a pre-



Deixando de lado as disquisições de Spencer sobre o sentimento e a idéia de justiça, que são antes capítulos de psicologia que de moral, vamos logo à sua famosa fórmula de justiça aplicada ao homem.

Eis o enunciado da fórmula em questão: "Todo homem é livre de agir como queira, desde que não infrinja a igual liberdade de qualquer outro homem".

Precede-a Spencer de uma explicação, onde declara que tal fórmula deve ser positiva "enquanto afirma a liberdade de cada homem, que deve gozar e sofrer os resultados, bons ou maus, de suas ações" e negativa "enquanto, afirmando essa liberdade para todo homem, implica que ele só possa agir livremente sob a restrição imposta pela presença dos outros homens que têm direito à mesma liberdade". O elemento positivo exprime a condição prévia da vida em geral. O elemento negativo modifica essa condição prévia em vista das particularidades da vida em sociedade.

servação do indivíduo deve, pois, em medida que varia com as circunstâncias, subordinar-se à da espécie" (H. Spencer, *Justice*, § 4). No primeiro dos corolários que se seguem dessa conclusão geral, volta Spencer a enunciar a lei da sobrevivência dos mais aptos: "Os adultos devem conformar-se à lei segundo a qual as vantagens obtidas estão em razão direta dos méritos possuídos, sendo estes apreciados pelo grau do poder de auto-sustentação. Do contrário, a espécie sofreria de duas maneiras, a saber: sofreria, num futuro imediato, pela perda dos indivíduos superiores que seriam sacrificados aos inferiores com prejuízo da soma total de bem-estar; sofreria, num futuro mais remoto, pela propagação de seres inferiores entravando a dos superiores e levando a uma deterioração geral da espécie, que acabaria por acarretar a sua extinção" (Spencer, *Justice*, § 4). "Se a preservação de uma espécie particular constitui um *desiderato* — termina Spencer — resultará para ela uma obrigação a que chamaremos, segundo as circunstâncias, uma obrigação quase ética ou ética de se conformar a essas leis" (Spencer, *loc. cit.*). Os demais trechos citados de Spencer acham-se na mesma obra, §§ 27 (fórmula da justiça), 36 e 38 (corolários dessa fórmula). Na edição das obras completas de Spencer, cf. §§ 272, 281 e 283 respectivamente (in H. Spencer, *The Principles of Ethics*, II, Part IV: *Justice*). Quanto à definição de conduta: *The Principles of Ethics*, I, Part I, *The Data of Ethics*, § 2.



Corolários da fórmula de justiça são os diversos direitos subjetivos ou liberdades individuais, como os direitos à integridade física, à liberdade de locomoção, à propriedade, de doar e legar, de contratar livremente etc. Admitindo-se que o homem deve gozar uma certa soma de liberdade, afirma-se que ele tem o direito de gozá-la. Provado que, num caso ou noutro, todo homem é livre de agir até um certo limite, mas não além, está implicitamente estabelecido ser *justo* possuir a liberdade assim definida. Donde o concluir Spencer: “é racional aplicar às diversas liberdades particulares, demonstradas por dedução, o nome de *direitos*, que lhes dá a linguagem ordinária”.

E antes de iniciar o estudo particularizado de cada um daqueles corolários da fórmula de justiça, declara ainda o mestre do positivismo evolucionista: “Longe de derivarem da lei escrita, são os direitos propriamente ditos que a esta conferem a sua autoridade”.

Isso quer dizer que há direitos subjetivos naturais, decorrentes da fórmula de justiça, fórmula esta que corresponde ao direito natural objetivo ou lei natural.

Determinar concretamente os direitos subjetivos e organizar, para a plena realização da fórmula de justiça, as condições da vida gregária — tal é o objeto do direito positivo.

Enfim, o direito resulta de um princípio que é expressão da natureza social do homem e que, por sua vez, se prende a um princípio mais geral, que domina a conduta universal, o da conservação da espécie.

Funda-se, portanto, o direito numa lei natural e há um princípio superior às leis positivas pelo qual podemos avaliar o justo e o injusto.

De Spencer afirmou Icilio Vanni que, com a sua doutrina sobre a justiça, não fez senão reproduzir de forma biológica a idéia do direito natural.<sup>6</sup>

6. Icilio Vanni, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2.<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1906, págs. 277, 321 e 337.



É o que efetivamente nos revela a leitura atenta de sua obra.

E a mesma afirmação do direito natural, com caráter biológico, ou melhor, biossociológico, encontramos em quem foi, no Brasil, o maior representante do positivismo jurídico evolucionista, Pedro Lessa.

Nos seus *Estudos de filosofia do direito*, ao criticar o método da escola histórica, escreve o festejado professor, que tão larga influência exerceu sobre gerações outrora passadas pela Faculdade de Direito de S. Paulo: ... “na escola histórica não há lugar para os princípios fundamentais, universais e permanentes, do direito. Nem tampouco se compreende o direito ideal.

“Entretanto, se todas as nações e todos os povos têm sido impelidos pela natureza das coisas à formação de um conjunto de normas jurídicas, se a necessidade do direito se impõe a todas as agremiações humanas, a conclusão a que devia chegar a escola histórica é a oferecida por Spencer, quando demonstra que o direito é um princípio orgânico da sociedade (*Justice*, caps. 2, 3, 4, 5 e 6).

“A legislação de cada povo nada mais é do que uma série de preceitos, apoiados em certas verdades fundamentais, em certos princípios de ordem social. Desconhecer esse resíduo de todas as legislações escritas e consuetudinárias, equivale a supor que a fauna e a flora de todos os países, dadas as sensíveis diferenças de clima e de solo, não estejam sujeitas às mesmas leis biológicas fundamentais. Que são as divergências das instituições jurídicas, ao lado das alterações que uma mesma espécie vegetal ostenta em consequência do influxo de elementos cósmicos diversos? As auranciáceas que no Jardim das Tulherias se exibem às nossas vistas sob a forma de enfezados arbustos, que só vivem graças aos meticulosos e inexcedíveis cuidados de que as cercam desde os tempos de Francisco I, e as que se estiolam no Jardim das Hespérides, em Cannes, produzindo frutos mofinos e acres, são as mesmas plantas que, árvores



frondosas e luxuriantes, tanto nos encantam a vista, o paladar e o olfato na zona intertropical.

“O filósofo que indutivamente sobe de generalização em generalização, é obrigado a reconhecer que toda a legislação, em qualquer país e em qualquer período histórico, repousa em princípios fundamentais, necessários, sempre os mesmos.

“Neguem, se quiserem, a esses princípios o qualificativo — jurídicos; digam que há uma *lei natural*, e não um *direito natural*, como querem alguns; afirmem, como pretendem outros, que são *princípios sociológicos*, que devem ser estudados na *sociologia jurídica*, ou na *história natural do direito*, “*lo cierto es que la cosa queda siendo la misma*” (Dorado Montero, *El positivismo en la Ciencia Jurídica y Social Italiana*, pág. 175)”.<sup>7</sup>

Mais adiante, escreve Pedro Lessa: “Qualquer que seja a necessidade ou a força, que arrasta ou prende o homem à vida social (e acerca deste ponto são tantas as teorias dos sociólogos!) o que é indubitável, e a observação de todos os tempos o atesta, é que não existe, nem se compreende, o homem fora da sociedade. Eis aí uma verdade geral do domínio da sociologia; uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza, lei obtida pela indução”.<sup>8</sup>

Como Aristóteles, ensinando ter o homem uma natureza social, e Grocio, fazendo do *appetitus societatis* o princípio do qual decorre o direito, também Pedro Lessa reconhece que a sociabilidade é “uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza” e aí encontra os princípios fundamentais da vida jurídica: “uma verdade superior a qualquer veleidade de negação, e que por isso se transformou em estafado lugar-comum, é esta lei, resultado da observa-

7. Pedro Lessa, *Estudos de Filosofia do Direito*, 2.<sup>a</sup> ed. Livraria Francisco Alves, 1916, págs. 34, 35, 36. Aliás, Pedro Lessa declara admitir a existência do direito natural (cf. *op. cit.*, págs. 13 e 14, em prefácio à 1.<sup>a</sup> ed., e págs. 46, 47 e 404), escapando, assim, à contradição em que muitos positivistas caíram por se obstinarem em não reconhecer expressamente uma idéia que se encontra implícita no seu pensamento.

8. P. Lessa, *op. cit.*, pág. 40.



ção direta e indireta, em todos os pontos do espaço e do tempo: a sociedade é o meio em que fatalmente o homem vive e se desenvolve. Eis uma verdade científica, obtida pela indução.

“Verdade no mesmo gênero, *lei* no sentido científico do termo, ainda é esta: dada a vida social, a limitação das atividades individuais, condição sem a qual não se compreende a sociedade, é imposta pelo instinto de conservação, pela inteligência e pelo sentimento.

*“O homem somente vive em sociedade, no ambiente social. É condição essencial da existência da sociedade a limitação das atividades individuais.*

“Aí estão duas leis fundamentais, gerais, que formam a base da ciência do direito. O direito é a limitação da atividade dos homens na sociedade”.<sup>9</sup>

Parecem os trechos, que aí ficam, comprovar suficientemente o que foi dito acima: como Spencer, admite Pedro Lessa um direito natural de fundamento biossociológico.

## 2 — Icilio Vanni e Micelli

Dissemos que no positivismo jurídico italiano predomina uma orientação psicológica. É o que já se percebe em Roberto Ardigó, tido por sistematizador do positivismo naquele país.<sup>10</sup>

Na obra de Ardigó, que exerceu grande influência mesmo fora da ciência jurídica, encontra-se, para indicar a mesma idéia de Spencer e Pedro Lessa, uma expressão que foi por este último reproduzida: “o

9. P. Lessa, *op. cit.*, pág. 121.

10. Cf. H. Gruber, *Le positivisme depuis Comte jusqu'à nos jours*, trad. Ph. Mazoyer, Lethielleux, Paris, 1893, pág. 428; W. C. Sforza, *Lineamenti storici della filosofia del diritto*, Vallerin, Pisa, pág. 220; R. Battino, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, Pédone, Paris, 1939, págs. 25 e 26.



direito é a força específica do organismo social, assim como a afinidade é a força específica das substâncias físicas e a vida dos organismos individuais”.<sup>11</sup>

Mas é em autores que trataram mais especialmente da filosofia do direito, como Icilio Vanni e Micelli, que melhor podemos apreciar o positivismo jurídico italiano e a natureza psicossociológica por ele atribuída à lei fundamental da ordem jurídica.

O sistema de Vanni é pelo próprio autor denominado “positivismo crítico”. Sua obra não é prima pela originalidade, revelando a cada passo a influência de autores ingleses, como Spencer e Sumner Maine, ou alemães, como Herbart e Wundt. Oferece, porém, amplas perspectivas filosóficas, graças à importância atribuída à teoria do conhecimento como pressuposto da filosofia jurídica e à distinção feita entre a deontologia e a fenomenologia do direito. Neste ponto, sobrepõe-se Icilio Vanni à tendência muito comum no seu tempo, de assimilar o direito e as outras ciências sociais às ciências naturais. Afirma o caráter específico das leis morais em face das leis da natureza, distingue o ponto de vista teórico do ponto de vista prático, mostrando que não basta conhecer a formação do direito enquanto realidade histórica e fenômeno da vida social, mas cumprir também pesquisar-lhe o fundamento intrínseco. Assim procura chegar à *valutazione etica* do direito.

Por aí já se vê que grande divergência separa Icilio Vanni de Spencer, apesar das afinidades existentes entre ambos. Para Icilio Vanni, a lei biológica da sobrevivência dos mais aptos não tem todo o valor que lhe dá Spencer. Também Vanni deduz o fundamento do direito das “condições de existência humana no estado de associação”; entretanto, esse fundamento tem, a seu ver, não uma natureza biológica, mas psicológica e social.

É o direito “um fenômeno psicocoletivo que tem raízes na consciência social e sobretudo nas manifes-

11. P. Lessa, *op. cit.*, pág. 34.



tações desta que representam o querer coletivo; é, pois, nas profundas vísceras da psicologia social que se deve procurar a explicação do direito".<sup>12</sup>

Elementos específicos e diferenciais caracterizam a sociedade humana, distinguindo-a nitidamente das sociedades animais. A evolução social é determinada por um "motor psíquico" e apresenta uma forma especial, a "forma histórica".

Donde a seguinte definição de filosofia do direito: "A filosofia do direito é a ciência que, ao mesmo tempo que integra a ciência jurídica na unidade dos seus princípios mais gerais, liga o direito à ordem universal, em relação à qual explica a sua formação histórica na sociedade humana e investiga, do ponto de vista ético, as suas exigências racionais".

Ora, afirmar que o direito depende da ordem universal; que ele se funda nas condições de existência do homem no estado associativo e que, por sua vez, esse estado é natural ao homem; enfim, que há uma natureza humana específica em função da qual devemos procurar a *valutazione etica* do direito — tudo isso não é reconhecer a existência de um fundamento objetivo e natural da ordem jurídica?

Não admira, pois, que Icilio Vanni, opondo-se ao relativismo jurídico, declare que os elementos comuns da evolução jurídica se explicam, antes de tudo, pela comum natureza humana e a uniformidade das condições sociais.

É verdade que, passando do ponto de vista fenomenológico para o deontológico, diz o autor em questão que a distinção entre as idéias de justiça e legalidade não existe nos grupos humanos primitivos. É o desenvolvimento do espírito crítico, na consciência social dos povos adiantados, que permite distinguir o justo em si do simplesmente prescrito pela autoridade. Dá-se com os povos o mesmo que com os indivíduos: a criança identifica a noção de bem e a de

12. I. Vanni, *op. cit.*, pág. 34. Para as referências precedentes e seguintes: págs. 19, 26, 214, 236, 237, 265, 266, 311, 312 e 398.



justo com as ordens dos superiores, até que, com o desenvolvimento da consciência moral e independente, procura as razões intrínsecas do bem e do justo (sic).

Tal opinião só se compreende nos que aceitam a hipótese de ser a mentalidade do homem primitivo essencialmente diversa da mentalidade do homem civilizado. Trata-se, no caso, de uma explicação da origem do sentimento de justiça, que não obsta a que Vanni reconheça a existência do *justo em si*, de um fundamento intrínseco do direito, do caráter de necessidade moral das normas jurídicas.

Vimos que Icilio Vanni denunciou na fórmula de justiça de Herbert Spencer um disfarce da idéia de direito natural. Pois o próprio Vanni admite esta idéia, posto que forcejando por afastá-la de suas cogitações.

“O direito não existe na natureza — escreve Vanni — é radicalmente errado o conceito de um direito proveniente da natureza... na natureza não podem existir normas, porque estas são um fato social, o resultado de um processo que supera a natureza, o processo da história”.<sup>13</sup>

Entretanto, é o mesmo autor quem declara peremptoriamente: “O que há de verdadeiro na doutrina do direito natural é a idéia de um fundamento intrínseco do direito na natureza mesma das coisas”.<sup>14</sup>

Que mais será necessário para confessar a existência do direito natural?

Micelli, professor da Universidade de Pisa, considera igualmente o direito um fato social e psicológico, produto da consciência coletiva, através de um trabalho lento e contínuo de ações e reações psíquicas de que se conhecem os resultados, mas cujo processo se ignora por completo.<sup>15</sup>

13. I. Vanni, *op. cit.*, págs. 279 e 280.

14. I. Vanni, *op. cit.*, pág. 281.

15. V. Micelli, *Principii di Filosofia del Diritto*, 2.<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libreria, Milão, 1928, págs. 638 a 654. Refere-se Micelli às duas grandes correntes que contribuíram para formar a idéia da origem psicossociológica do direito: a escola histórica de



A consciência coletiva é o conjunto de produtos espirituais elaborados pelas consciências de cada indivíduo e que se difundem e objetivam na forma de crenças populares.

Até aí temos apenas a gênese do direito. Do mesmo modo que Icilio Vanni, observa Micelli que o direito não é um fenômeno igual aos fenômenos da natureza externa, que não basta averiguar o fato mas é preciso valorizá-lo. Donde terminar o seu livro por uma indagação do fundamento intrínseco do direito.

Recusa admitir que esse fundamento esteja nas condições externas da vida social, separando-se, assim, de Spencer e Vanni, para acentuar ainda mais o caráter psicológico do direito. Apesar de distinguir o aspecto fenomenológico do aspecto deontológico do estudo do direito — *ser e dever ser* — acaba reduzindo a deontologia jurídica à fenomenologia jurídica. A consciência é a origem e o fundamento do direito.

“O direito — escreve Micelli — é uma parte apenas da justiça, a parte que pode atuar empiricamente nas relações humanas, levando em conta as imperfeições do homem, que pode conciliar-se com certas condições imprescindíveis de utilidade e conveniência, que pode tornar-se obrigatória por meio da coação exterior; que é a parte, digamos assim, externa e objetiva do princípio de justiça. Para explicar o direito e encontrar o critério último de sua valorização, devemos, portanto, achar na própria consciência um fundamento específico qualquer, e este fundamento, nós o encontramos precisamente naquela forma especial de consciência, naquele complexo de atitudes que denominamos consciência jurídica. Esta é a forma característica da consciência reguladora, que se afirma e se determina a respeito das condições de existência indispensáveis para uma sociedade. Como forma, é comum a todos os homens

Savigny e a *Völkerpsychologie*. Rejeita, porém, o conceito de “espírito popular” — *Volksgeist* — da escola histórica, por ser uma entidade abstrata, criticando também Herbart e Wundt por não terem uma idéia clara da consciência coletiva. Em vão procuraremos almejada clareza na exposição de Micelli.



e assume o caráter de necessidade e universalidade, ainda que ora apareça de maneira indistinta e confusa, sob forma de tendência e instinto, ora de maneira clara e bem explicada".<sup>16</sup>

Dessa consciência provém a ordem dos fins jurídicos e a concepção de uma ordem ideal de relações jurídicas superior ao direito existente. As normas jurídicas não são, nem mesmo entre os primitivos, resultado exclusivo da tradição, do costume ou do poder, mas de "qualquer coisa de mais fundamental, duma convicção vaga de que todas essas coisas estejam conformes a uma certa ordem vislumbrada pela consciência".<sup>17</sup>

Tal convicção existe, realmente, e é mais precisa do que pareceu a Micelli. Em todos os tempos, a consciência humana proclamou a existência de uma ordem natural a que se devem conformar as leis positivas para serem justas. E, apesar de positivista, teve o próprio Micelli uma percepção, esta sim, uma vaga percepção, de que há uma lei natural esculpida na consciência de cada homem.

### 3 — Léon Duguit

Se bem analisarmos a obra do jurista francês Léon Duguit, veremos que a mesma idéia de um direito natural de fundamento psicossociológico resulta necessariamente de suas páginas.

Leia-se, por exemplo, o trecho abaixo, em muito semelhante às considerações de Micelli há pouco citadas: "A noção do justo e do injusto é infinitamente variável... Mas o sentimento do justo e do injusto é um elemento permanente da natureza humana. Encontra-se ele em todas as épocas e em todos os graus de civilização, na alma de todos os homens, os mais sábios e os mais ignorantes. Este sentimento

16. Micelli, *op. cit.*, págs. 770-771.

17. Micelli, *loc. cit.*



de justiça é variável nas suas modalidades e nas suas aplicações, mas é geral e constante no seu fundo, que é ao mesmo tempo proporção e igualdade. Ele é de tal modo inerente à natureza social e individual do homem, que é, por assim dizer, uma forma da nossa inteligência social... O homem não pode representar as coisas senão sob o ângulo da justiça comutativa e distributiva. Esta representação, em alguns obscura, incompleta, balbuciante, noutros clara, a se exprimir forte e nitidamente, existe em todo homem e em todos os tempos".<sup>18</sup>

Assim escreve esse autor tão discutido, que veio subverter os conceitos fundamentais da ciência jurídica do seu tempo, com um desdém absoluto pelos "imortais princípios" de 1789, reputados intangíveis no juízo dos teóricos da soberania do povo. Negou Léon Duguit a soberania popular, a personalidade coletiva do Estado e dos agrupamentos, até mesmo a noção de direito subjetivo. Na introdução ao seu volume sobre o Estado e o direito objetivo, chegou a confessar que vinha fazer uma obra negativa, tendo em vista dizer "não o que é o Estado, o que é o direito, mas antes o que eles não são".

Por alguns considerado um revolucionário da ciência jurídica, cujo sistema realista parece ter levado ao extremo as negações do positivismo, Léon Duguit apresenta, entretanto, a propósito do fundamento do direito, reflexões comparáveis às magníficas passagens de Cícero sobre a lei natural.

Voltemos à eloqüência dos textos.

"Em nosso pensamento, se o poder político é simplesmente o poder dos mais fortes, um simples fato, há, contudo, uma regra que se impõe aos mais fortes como a todos. Essa regra é a regra de direito... permanente no seu princípio, essencialmente mutável nas suas aplicações. Fundada na coincidência dos fins sociais e individuais, essa regra acha sua primeira expressão na consciência dos homens, sua expressão

18. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, § 8, 2.<sup>a</sup> ed., Ancienne Librairie Fontemoing (E. de Boccard, successeur), Paris, 1921, págs. 50 e 54.



mais completa no costume, na lei positiva, e se realiza pela coação material do Estado, que é assim a força posta ao serviço do direito, não de um pretendido direito subjetivo, mas de uma regra social das consciências e das vontades individuais".<sup>19</sup>

Por outras palavras, Duguit não faz mais do que reproduzir o conhecido pensamento de Cícero: *res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit*.<sup>20</sup> O direito deriva da natureza e é sancionado pelo costume e pela lei. O costume e a lei são as fontes reveladoras do direito, "sua expressão mais completa", no dizer de Duguit. Mas o fundamento do direito não é a norma consuetudinária ou escrita e sim essa regra que "acha sua primeira expressão na consciência dos homens". Tal regra, para o próprio Duguit, é uma lei natural: "O princípio que nós propomos é sem dúvida positivo; cientificamente não se pode formular um outro; mas ele permanece estável enquanto houver homens, *porque é tirado do homem mesmo, de sua dupla natureza individual e social*".<sup>21</sup>

Com essa idéia, pretende Duguit dar ao direito um fundamento absoluto, sem reconhecer expressamente nenhuma espécie de direito natural, mas apenas manifestando um conceito que vem da observação positiva dos fatos sociais. Chega a criticar vivamente o positivismo jurídico de Jellinek e Laband, por caírem estes em contradição e admitirem implicitamente o direito natural. Laband e Jellinek querem reduzir o direito ao que é estatuído pela lei positiva. Mas, segundo esses autores, não é de um modo arbitrário que o Estado produz o direito. Eles ensinam que, do ponto de vista histórico, o direito nasceu espontaneamente, antes da intervenção do Estado e que a

19. L. Duguit, *Études de Droit Public*, I: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, Paris, 1901, Intr. § II, págs. 10-11. No mesmo vol., à pág. 532: *Le détenteur de la force peut toujours par la force imposer sa volonté, mais le droit reste toujours intact et supérieur*.

20. M. T. Cícero, *De inventione*, II, 160.

21. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. II, § II, p. 100. O grifo não está no original.



decisão do poder político é a verdadeira lei quando modifica a “esfera de atividade jurídica dos indivíduos” (sic). Ora, pondera Léon Duguit, esta esfera de atividade jurídica não pode ser criação de leis positivas anteriores, porque, por hipótese, tais leis não existem. “Logo, ela só pode resultar do direito natural, isto é, pertencer ao indivíduo em sua qualidade de homem. E a lei positiva será, então, a decisão duma autoridade política, que modifica num interesse comum a esfera de atividade jurídica natural do indivíduo, os direitos individuais naturais. É precisamente a definição de lei que dão os representantes das doutrinas de direito natural. Jellinek e Laband, apesar de suas invectivas contra as teorias de direito natural, chegam finalmente aos mesmos resultados que estas”.<sup>22</sup>

Não é de se admirar mais esta contradição do positivismo jurídico, por Léon Duguit apontada naqueles autores alemães. Mas em contradição análoga caiu o próprio Duguit ao rejeitar o direito natural e, por outro lado, afirmar que o homem é naturalmente sociável, que ele precisa da sociedade para viver e, por isso, precisa agir de acordo com esse princípio “tirado dele mesmo, de sua dupla natureza individual e social”.

Se Jellinek e Laband admitem os direitos subjetivos naturais, sem dar por isso, Duguit admite da mesma forma o direito natural objetivo, a lei natural. Não lhe reconhece a essência moral, mas lhe atribui uma essência social. Outro não é o sentido da sua noção de “direito objetivo”, isto é, da regra de direito que se impõe ao poder do Estado, dessa regra que existe “sem o soberano e acima do soberano”, e tem um caráter eminentemente social.<sup>23</sup>

22. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, pág. 518. Sobre Ihering, Jellinek e Laband: *op. cit.*, págs. 105 a 131 e 512 a 520

23. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, págs. 11 e 13. (*Toute la législation positive de nos codes a été établie sur le fondement du droit individuel; et le droit est social, exclusivement social*). Há, pois, em Duguit a idéia dum direito natural fundado em a natureza social do homem. Essa concepção do direito natural tem fundamento psicossociológico, pois Duguit, depois de



Só na sociedade, não no indivíduo, é que se acha o fundamento do direito. Este direito não é um poder, é uma regra objetiva. Não é tampouco uma regra moral e sim uma regra de fato: impõe-se aos homens, prescindindo de qualquer princípio, — bem, interesse ou felicidade, — simplesmente em virtude e pela força dos fatos, porque o homem vive em sociedade e não pode viver de outro modo. Sente-a todo homem, formula-a o sábio, e o legislador positivo assegura o seu respeito.

Ao contrário das leis do mundo físico ou biológico, que são *leis de causa*, é a regra de direito uma *lei de fim* (sic). Opõe-se Duguit à biologia social dos organicistas e à física social de Comte. Tais sistemas, diz ele, tiveram a vantagem de mostrar que a sociedade não é um fato voluntário e artificial, mas espontâneo e natural; entretanto, encerram um grande erro, o de identificar os fatos sociais com os fenômenos físicos ou biológicos. O *fator essencial* dos fatos sociais é o homem, *ser consciente de seus atos*. Os atos humanos são determinados por fins escolhidos conscientemente. E a regra de direito é a regra da legitimidade dos fins: todo fim que a ela se conforma é legítimo, todo ato praticado em vista de um fim legítimo tem valor social, isto é, jurídico. As leis físicas ou biológicas determinam relações de causa e efeito, ao passo que a regra social estabelece a legitimidade da conduta humana. Ela não é, porém, uma regra moral, pois não determina o valor intrínseco dos atos individuais.

O fato que dá origem à regra de direito é a *solidariedade*. Os homens são solidários entre si: têm necessidades comuns que só podem ser satisfeitas por uma ação em comum, têm aptidões diferentes e necessidades diversas que só uma permuta de servi-

averiguado o fato da sociabilidade, procura torná-lo inteligível e então parte da consciência do próprio eu para daí chegar à consciência da solidariedade social e da regra do direito (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. I). Embora, ao contrário de Micelli, fazendo prevalecer o fator social sobre o individual, não é a concepção de Duguit estritamente sociológica, como, p. ex., a de Durkheim.



ços pode satisfazer. Daí uma dupla solidariedade: solidariedade por semelhança e solidariedade por divisão do trabalho, constituindo ambas o fundamento do direito. E neste ponto segue Duguit a lição de Durkheim.

A idéia de solidariedade, em Duguit, é a expressão do fato da sociabilidade humana. Se o homem quiser viver, como ele só pode viver em sociedade, deve conformar seus atos às exigências da solidariedade social.

Esses atos, praticados pelo homem, são atos conscientes, como já vimos. Duguit não chega a afirmar que sejam livres. Afasta este problema dizendo que ninguém sabe se o homem é ou não dotado de liberdade. Na sua opinião, não se sabe tampouco, nem se poderá jamais saber, se as forças da natureza e da vida são forças conscientes. O certo é que as ações humanas são conscientes dos fins que têm em vista.

O fato irreduzível que deve estar na base de todos os estudos sociais é o pensamento individual consciente de si mesmo.<sup>24</sup>

Tendo consciência de si próprio, dos fins de seus atos e, portanto, de suas aspirações, o homem tem também consciência de seu sofrimento.<sup>25</sup>

O sentimento da vida individual, tornando-se preciso na consciência, produz a vontade de viver, sentimento universal e constante, que reveste principalmente a forma de aspiração de diminuir os próprios sofrimentos. O homem sofre e sabe que sofre, quer

24. É o princípio cartesiano: *je pense, donc je suis*. Tal princípio *c'est la constatation d'une réalité incontestable, la seule réalité incontestable*. La chose en soi au sens de la philosophie allemande, est la pensée individuelle. Nous serons tentés de dire seulement: la chose en soi est la souffrance individuelle. Mais au fond l'idée est exactement la même. (L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. I, § I, pág. 26).

25. O sofrimento impressiona vivamente Léon Duguit: *la douleur n'est pas un vain mot, comme le voulait la philosophie stoïcienne; elle est bien une réalité, la plus incontestable des réalités* (op. cit., pág. 31). *En fait l'homme a toujours voulu et voudra toujours moins souffrir, et là est pour nous l'unique facteur de ses pensées et des ses actes*. (Idem, pág. 50).



sofrer menos e percebe que a vida em sociedade diminui os seus sofrimentos.

A sociedade é, por sua vez, um fato constante e universal. Nenhuma observação permite afirmar que, em certa época da história ou da pré-história, vivesse o homem isolado de seus semelhantes. O agrupamento humano é um fato natural que se traduz na consciência dos indivíduos por este pensamento: os membros de um grupo têm a mesma necessidade de viver e a mesma necessidade de diminuir os sofrimentos, sendo que só a vida em comum pode obter esse duplo resultado.

Diante desse desejo de viver e da aspiração de diminuir os sofrimentos, compenetraram-se os homens da grande solidariedade que os une. Assim, segundo Duguit, percebemos no homem uma dupla natureza, ao mesmo tempo individual e social. Realmente, quanto mais se desenvolve a própria individualidade, mais unido aos outros se sente o homem, isto é, mais sociável, mais dependente dos seus semelhantes, mais solidário com eles. Compreendendo que a vida no grupo lhe assegura o menor mal, o homem aceita essa solidariedade e se submete à regra de direito dela resultante.

Posteriormente, Duguit explicou melhor a coexistência do sentimento de solidariedade com outro sentimento que se acha na origem do estado de consciência criador da regra de direito — o sentimento de justiça. Os dois elementos essenciais da formação e da transformação da regra do direito são: 1.º) a consciência, que a massa de indivíduos de um grupo tem, de ser uma determinada regra moral e econômica essencial para a manutenção da solidariedade social; 2.º) a consciência de que é justo sancioná-la.<sup>26</sup>

Depois de haver demonstrado que a consciência da solidariedade social implica a consciência de uma regra de conduta, conclui Duguit que a noção de regra de conduta é essencialmente conexa e dependente da solidariedade, apresentando-nos, em resu-

26. L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, § 8, pág. 47.



mo, a seguinte fórmula: “Nada fazer que diminua a solidariedade social por semelhança, nem a solidariedade social por divisão do trabalho; fazer tudo o que estiver ao seu alcance para aumentar a solidariedade social nas suas duas formas”.<sup>27</sup>

Essa regra, que tem o seu fundamento na sociedade, destina-se a ser aplicada aos indivíduos, isto é, às consciências individuais. Rejeita Duguit a idéia de “consciência coletiva” e até mesmo de personalidade coletiva do Estado. Por isso, quando diz que a regra de direito objetivo se aplica ao Estado, limitando o seu poder, entende com isso que ela se aplica aos indivíduos que governam e que são os mais fortes na sociedade.

A fórmula acima enunciada é um princípio geralíssimo de obrigação, cujas aplicações são infinitamente variáveis. Sempre é verdade que o homem deve subordinar a sua conduta às exigências da solidariedade social, mas outra é a questão de saber quais são essas exigências. Então, a regra de direito pode modificar-se. Por outras palavras, o conteúdo da regra objetiva está sempre em transformação, variando com a época e o lugar.<sup>28</sup>

Com toda a clareza, admite, pois, Duguit um princípio formal absoluto que é o fundamento do direito, imutável em si mesmo, variável nas suas aplicações.

E também Duguit inadvertidamente engloba, na condenação do direito natural individualista, todo o direito natural.

Assim é que ele confunde direito natural e direito ideal: “Admitindo a existência de uma regra de conduta que repousa sobre um fundamento permanente, nós repelimos as doutrinas de direito natural, que consideram esta regra como absoluta e imutável,

27. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. II, § I, pág. 91.

28. É exatamente a parte mutável da regra de direito que o legislador deve perceber, traduzindo-a nas fórmulas precisas da lei positiva: *la loi est essentiellement la constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif*. (*L'État, le droit objectif et la loi positive*, cap. VII, pág. 502).



algumas vezes ignorada e obscurecida, mas sempre viva, formando o ideal social a que devem aspirar todas as sociedades humanas, que serão tanto mais civilizadas quanto mais se aproximarem desse ideal. Ao mesmo tempo, cremos escapar à crítica por nós mesmos feita à sociologia contemporânea, de ser incapaz de determinar um princípio fixo para a conduta do homem".<sup>29</sup>

São ainda de Duguit estas considerações: "Não temos em vista as doutrinas de direito natural hoje desacreditadas e que, fundadas nos direitos subjetivos reconhecidos aos indivíduos, são completamente diferentes das idéias aqui desenvolvidas. Vemos no direito apenas uma regra de conduta social, e se o homem tem direitos subjetivos, eles derivam dessa regra de conduta. As doutrinas de direito natural, ao contrário, fazem a regra jurídica derivar de pretendidos direitos subjetivos que pertencem ao homem em sua qualidade de homem".<sup>30</sup>

Com efeito, as doutrinas individualistas fazem a regra jurídica derivar dos direitos subjetivos, em virtude do princípio da autonomia da vontade. Consideram a lei uma expressão da vontade popular e a sociedade, o resultado de um contrato. Mas na concepção tradicional, "se o homem tem direitos sub-

29. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, pág. 100. No seu *Tratado de Direito Constitucional*, mais uma vez Duguit identifica o direito natural com o direito ideal, declarando, aliás, consentir na expressão "direito natural" para designar a sua própria doutrina, desde que não seja tal expressão entendida como um "direito ideal". Depois de haver justificado a obrigatoriedade da norma jurídica, escreve: "Não me oponho a que se chame a norma jurídica, assim compreendida, de direito natural, que se diga, como Gény, Platon e Charmont, que é isso voltar ao direito natural. Mas é preciso entender-se sobre as palavras e designar coisas diferentes por palavras diferentes. Até hoje, chamava-se de direito natural o direito concebido como fundado num princípio superior, sempre idêntico a si mesmo na sua essência, mesmo que fosse variável nas suas manifestações; direito ideal absoluto do qual os homens deviam procurar aproximar-se cada vez mais". (*Traité de droit constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1921, pág. 72).

30. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, pág. 105.



jetivos” é precisamente porque eles “derivam dessa regra de conduta” que é a lei: lei positiva, fundamento dos direitos subjetivos positivos; lei natural, fundamento dos direitos subjetivos naturais.

É pena que Léon Duguit não chegasse a conhecer perfeitamente o objetivismo da concepção clássica de direito natural, de que ele, por vezes, com algumas de suas próprias idéias, tanto se aproximou.

\* \* \*

Eis aí, em linhas muito gerais, o pensamento de grandes mestres do positivismo jurídico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da reação modernamente operada contra o direito natural, eles admitem esta idéia, ainda que por vezes sem o perceber.

Foi o positivismo, em filosofia, uma tentativa malograda de substituir a metafísica por uma síntese das ciências particulares. Limitando o âmbito do conhecimento à experiência sensível, deu assim origem a uma nova metafísica, se bem não das mais conseqüentes. A afirmação de que só é legítimo o conhecimento sensível, implica uma epistemologia apriorística e que se opõe ao senso comum: é uma afirmação que não provém da experiência, que não se demonstra e nem se impõe por evidente.

Em direito, frustrou também o positivismo, ao pretender desfazer-se da idéia de direito natural.

Devemos, a propósito, distinguir um duplo prisma: o da ciência e o da filosofia do direito. A filosofia do direito tem por objeto a essência do direito — *quid sit ius*. A ciência do direito tem por objeto o conhecimento empírico do direito.

Muitas vezes, como vimos, o positivismo prescinde da filosofia do direito, cingindo-se a construções empíricas em que se reúnem os elementos comuns de diversos sistemas jurídicos ou dos vários ramos do direito positivo. É o que se dá com o “direito puro” de Picard, a “jurisprudência analítica” de Austin e a “teoria geral do direito” ou a “enciclopédia jurídica” de Merkel. Nenhuma destas tendências chega a constituir, em



absoluto, uma filosofia do direito. São sínteses científicas que não excedem a pura fenomenologia e longe estão de poder realizar aquele ideal apontado por Cícero: *Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, nec a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendum iuris disciplinam.*<sup>31</sup>

Tais sínteses ou generalizações, sem caráter filosófico, alargam bastante a esfera do conhecimento empírico do direito, remontando-se às instituições jurídicas dos povos selvagens ou primitivos, comparando o direito atual ao pretérito, fazendo ressaltar os preceitos comuns aos diferentes ramos do sistema jurídico de um povo.

Na ciência do direito, sem entrar em indagações sobre a essência do fenômeno jurídico, semelhantes processos conduziram incontestavelmente a resultados apreciáveis. Mas é uma ilusão pensar que tais resultados dispensem a filosofia do direito. Eis por que, entre os próprios positivistas, alguns procuraram completar, por uma explicação racional do direito, a vasta soma de conhecimentos acumulada pelo jurista enciclopédico.

Em que consiste essencialmente a ordem jurídica? Será um simples produto da força dominante no meio social? Ou a razão do direito e da justiça reside num princípio superior às determinações positivas e decorrente da natureza das coisas?

Eis a questão que Spencer, Pedro Lessa, Icilio Vanni, Micelli e Léon Duguit tratam de solucionar. Vanni e Micelli criticam os que se contentam com a teoria geral do direito, referindo-se especialmente a Austin e Merkel.<sup>32</sup> E todos aqueles autores, cujas doutrinas aqui foram examinadas, mostram que o direito tem por fundamento um princípio resultante da própria natureza humana.

Resignam-se uns com atribuir às imposições da força social — poder absoluto do soberano ou von-

31. M. T. Cícero, *De legibus*, I, V.

32. I. Vanni, *op. cit.*, págs. 25 e 26. V. Micelli, *op. cit.*,



tade do povo — o valor de princípio fundamental de toda a ordem jurídica. Mas os positivistas que compreendem a necessidade da filosofia jurídica para justificar o direito positivo e dar uma explicação satisfatória do sentimento de justiça, ao qual repugna a identificação do direito com a força, — esses nos conduzem inelutavelmente à noção do direito natural.

Tem toda a razão o eminente Del Vecchio, ao dizer: “A idéia de direito natural é, na verdade, daquelas que acompanham a humanidade no seu desenvolvimento; e se, como, de certo, tem ocorrido, principalmente em nossos tempos, algumas escolas fazem profissão de excluí-la ou ignorá-la, ela se afirma, poderosamente, na vida. Por isso é vã e incôgrua a tentativa de repudiá-la”.<sup>33</sup>

Como o positivismo filosófico não conseguiu sobrepor-se à metafísica, tampouco ao positivismo jurídico foi possível banir da filosofia do direito a idéia de direito natural.

33. G. Del Vecchio, *Sobre os princípios gerais do direito*, tradução autorizada, prólogo de Clóvis Beviláqua, Tip. Jornal do Comércio, Rio, 1937, pág. 22.



### CAPÍTULO III

## A NECESSIDADE DO DIREITO NATURAL

A persistência do direito natural, nas próprias doutrinas dos seus adversários, testifica a necessidade desse conceito, em que se estrutura toda a ordem jurídica.

Seriam lógicos os que não admitem o direito natural, se retirassem a expressão *direito* da linguagem científica, como propôs Augusto Comte.<sup>1</sup>

Negar o direito natural é negar o princípio absoluto da justiça. Ora, o direito ou é objeto da justiça, ou é simples produto das flutuações do arbítrio legislativo. No primeiro caso, mantém a ciência jurídica a dignidade que já lhe haviam atribuído os romanos, definindo-a o conhecimento das coisas justas e injustas — *iusti atque iniusti scientia*.<sup>2</sup> Mas no segundo caso, torna-se o direito uma simples arte a serviço da habilidade ou da força, enquanto, para os homens de Estado, as leis e os tratados se reduzem a meros *chifons de papier*. Eliminado o conceito de direito natural, não há nenhuma razão suficiente para que o legislador deva promover o bem comum, os súditos devam obedecer à autoridade, os contratos devam ser observados. É por recuarem ante a inexorabilidade de tais consequências, que os próprios positivistas afirmam, muitas vezes, a existência de um princípio

1. A. Comte, *Système de politique positive*, I, 3.<sup>e</sup> éd., Paris, 1890, pág. 361.

2. Ulpiano, D.1.1.10, 2.



universal e permanente, superior à vontade humana e que constitui o fundamento da ordem jurídica.

Este mesmo argumento, em que se patenteia a necessidade do direito natural pelas conseqüências absurdas oriundas de sua negação, foi assim empregado por Cícero, no *De Legibus*: “Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juizes, constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria bastante que tais modos de agir livessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más, outra norma não temos que não a da natureza”.<sup>3</sup>

É admirável como os romanos, cujos ensinamentos assaz contribuíram para se formar o lastro da doutrina clássica do direito natural, tão nitidamente souberam compreender a dependência que une o conceito de justiça ao conceito de bem.<sup>4</sup>

Na hipótese de não haver entre o bem e o mal nenhuma distinção intrínseca, não há igualmente nenhuma razão de ser para se admitir uma justiça objetiva. E é a lei natural, norma da bondade ou da malícia das ações, que permite distinguir as leis boas das más, isto é, as leis justas das injustas. Tal é o sentido da passagem acima de Cícero.

O primeiro princípio da lei natural consiste na obrigação de fazer o bem e evitar o mal. É esse princípio o fundamento da obrigação moral e também o

3. M. T. Cícero, *De legibus*, I, 16.

4. Veja-se, por exemplo, este trecho de Ulpiano: *iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes...* (D.1.1.1). Seja lembrada ainda a conhecida definição de Celso: *ius est ars boni et aequi* (D.1.1.1, pr.).



fundamento racional do direito. Enquanto a moral se ocupa com todo o bem, o direito tem por objeto a parte do bem que constitui o justo.<sup>5</sup>

A justiça determina que se dê a cada um o que lhe é estritamente devido, e a isto chamamos justo. Ora, há muitas coisas que são devidas a alguém *ex ipsa natura rei*, independentemente das determinações de qualquer lei positiva.

Se não há uma justiça natural que o legislador deve respeitar, segue-se que a justiça é um simples nome, um *flatus vocis*, e na realidade o que existe são as ordens do poder: *iustum quia iussum est*.

Daí a disjunção apresentada acima e para a qual é impossível encontrar um terceiro membro: ou o direito é objeto da justiça, e neste caso há um direito natural; ou não há direito natural, e neste caso o direito é produto do arbítrio legislativo, o qual, por sua vez, é expressão da força predominante na sociedade.

Fora do direito natural e da justiça, não existe nenhum critério objetivo que possa impor-se ao legislador e coibir o seu arbítrio.

Há quem pretenda encontrar esse critério na utilidade social, prescindindo de qualquer idéia de direito natural. À primeira vista, pode parecer que a lei natural não seja a única norma capaz de impedir o arbítrio nas determinações da autoridade. Reconhecendo-se que as leis devem ser feitas tendo em mira a utilidade social, já não se fixa um limite, uma orientação objetiva para o direito positivo?

É incontestável que a utilidade social não pode ser eliminada das cogitações do jurista. A lei é um preceito racional; deve, pois, conformar-se à reta

5. É o bem honesto, isto é, apetecível por si mesmo e conforme à natureza racional do homem, que fundamenta a lei natural, e não o bem útil ou deleitável. A distinção entre ações honestas e desonestas supõe que se aceite uma distinção intrínseca entre o bem e o mal. No direito romano, o conceito de bem honesto é de origem estóica (cf. Felix Senn, *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice*, Recueil Sirey, Paris, 1927).



razão, ao direito natural. Mas é um preceito racional *para o bem comum*; e por isto, deve conformar-se também ao interesse social. Justiça e utilidade social são os dois critérios supremos da ordem jurídica positiva.<sup>6</sup>

Mas quando se diz que o direito positivo deve ser conforme à utilidade social, ou melhor, que se destina o direito positivo a promover o bem comum, isto já é determinação de um princípio mais geral, anteriormente admitido, e supõe:

1 — a obrigação de fazer o bem;

2 — a noção objetiva de bem comum e o conhecimento dos fins da atividade humana.<sup>7</sup>

Em não se admitindo essas duas suposições, das quais decorre o direito natural, deixa de existir o critério objetivo com que se procura limitar a vontade do legislador. E a própria utilidade social passa a depender exclusivamente das determinações positivas, nada impedindo que o interesse próprio de quem faz as leis prevaleça sobre o interesse comum.

\* \* \*

Pelos conceitos de bem e de fim, que são correlativos, o direito prende-se à metafísica.

O bem é o objeto natural da vontade, assim como o ser é o objeto natural da inteligência. Do conhecimento do ser resulta imediatamente o princípio de contradição e os outros princípios evidentes que dele dependem, tais como os de razão suficiente, finalidade e causalidade, pressupostos necessários de toda ciência e sem os quais a realidade nos é ininteligível. E da tendência natural da vontade para o bem resulta

6. A própria razão assim o exige. A justiça não se opõe à utilidade social: *Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* (M. T. Cícero, *De inventione*, II, 53, 160).

7. Que se deve fazer o bem e evitar o mal, é um princípio evidente. Quais sejam os fins da atividade humana, podemos saber através da observação dos fatos, isto é, pelo conhecimento experimental das inclinações naturais do homem. Baseia-se, pois, o direito natural na evidência e na observação dos fatos.



o primeiro princípio da ordem moral — *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum* — pressuposto necessário de qualquer ação e de todas as ciências práticas.

Esse princípio nada mais é do que um aspecto do princípio de finalidade, sob o prisma da razão prática, ordenadora das ações humanas.<sup>8</sup>

Segundo o princípio de finalidade, todo agente opera em vista de um fim, pois do contrário não haveria razão suficiente para se seguir de sua ação um determinado efeito em vez de outro, a não ser pelo acaso.<sup>9</sup>

Ora, dizer que todo agente opera em vista de um fim e que todo agente procura o seu próprio bem são expressões equivalentes. O fim implica a idéia de bem. Se assim não fosse, o fim não atrairia o agente, pois este só encaminha a sua atividade para algo que lhe convenha. E, pois que todo agente procura realizar um fim que é para si um bem, o homem, agente racional, deve agir para um fim racional, conforme à sua natureza, e este fim é o bem honesto, não simplesmente o bem útil ou deleitável.

Bem honesto é o bem apetecível por si mesmo, independentemente de qualquer utilidade ou prazer subsequente. Bem útil é o que se deseja como um meio para alcançar outro bem. Bem deleitável é o que proporciona um prazer sensível. É o bem honesto, isto

8. Cf. Garrigou Lagrange, *Le réalisme du principe de finalité*, Desclée De Brouwer, Paris, págs. 139-141. Razão especulativa e razão prática não são duas faculdades diversas, mas diversos modos de ser da mesma faculdade. A razão pode simplesmente conhecer as coisas, ou conhecer com um objetivo prático, para dirigir a ação. Em ambos os casos, a faculdade de conhecimento é a mesma. Mas, enquanto a razão especulativa se limita a conhecer *o que é*, a razão prática diz *o que deve ser*, i. é, como o homem deve agir para realizar determinados fins. Note-se que os princípios assim estabelecidos pela razão prática dirigem remotamente a ação, devendo ser completados pela *prudência*. Aí está o fundamento da distinção entre ciências especulativas ou teóricas (psicologia, biologia, física, química etc.) e operativas ou práticas (moral, direito, economia política etc.).

9. Cf. Aristóteles, *Phys.*, II e Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I.<sup>a</sup>, II.<sup>ae</sup>, q. 44, art. 4 e *Contra Gent.*, III, 2 e 3.



é, o bem conforme à reta razão, que especifica a ordem moral e jurídica. Quanto ao bem deleitável, deve conformar-se ao bem honesto, sob pena de o homem degradar-se ao nível dos animais brutos, que vivem só pelos sentidos.

Enquanto o direito natural clássico se fundamenta no bem honesto, o positivismo procura geralmente encontrar o fundamento objetivo do direito no bem útil. Ora, o bem útil só pode ser compreendido como um *meio*, ao contrário do bem honesto, que se procura por si mesmo, e do bem deleitável, que é o termo dos movimentos do apetite sensível. Só o bem honesto e o bem deleitável constituem propriamente um *fim*. E por isso, não pode o bem útil especificar as nossas ações, porque a moralidade destas dependem do fim que têm em vista.

Eis a razão pela qual os positivistas, que fundamentam suas doutrinas no bem útil, são incapazes de construir uma filosofia do direito completa.

\* \* \*

Vivos e acalorados têm sido os debates em torno do direito natural. Os preconceitos acumulados contra esta idéia não têm conseguido amortecer o eco das pregações feitas pelos juristas que, em grande número e entre os mais notáveis, reatam os laços quase inteiramente rompidos de uma tradição multissecular.

Infelizmente, porém, a alguns dos novos adeptos do direito natural falta um melhor conhecimento da autêntica filosofia que permitiu àquela tradição produzir os seus mais sazonados frutos. E para compreender o direito natural, tal como se formou através do longo evoluir de doutrinas que remonta a Aristóteles e ao direito romano, é preciso conhecer as suas bases metafísicas.

Aludindo a certos princípios fundamentais da metafísica do ser, particularmente dignos de atenção pelas suas repercussões na filosofia do direito, aqui se indicaram algumas verdades que os atuais propugnadores do direito natural nem sempre têm posto



em evidência como seria de desejar. Tais, por exemplo, o princípio de finalidade e a redução da idéia de justo à idéia de bem.

Verdades de senso comum como estas, são as que mais patenteiam a necessidade do direito natural e a insuficiência do positivismo jurídico.

Lembremo-nos de que o senso comum não é toda a filosofia, mas deve servir de ponto de partida a qualquer sistema filosófico que não queira ser um devaneio ou uma confissão da incapacidade da razão humana para atingir a verdade.

Nas distinções, feitas pelo senso comum, entre o bem e o mal, o justo e o injusto, está a origem do conceito de direito natural. Desde que se admite que o direito se reduz à justiça e a justiça se reduz ao bem, deve-se necessariamente admitir que há um direito natural.

O positivismo jurídico absoluto é incompatível com aquelas distinções. Como vimos, de início, e ficou demonstrado no transcurso destas páginas, o positivismo jurídico absoluto, isto é, o que nega o direito natural, só é defensável, sem ilogismo, pelos que reduzem o direito às determinações arbitrárias da força preponderante na sociedade.







## SEGUNDA PARTE

# O DIREITO NATURAL EM SUA FUNDAMENTAÇÃO TRANSCENDENTE E EM SUA REALIZAÇÃO HISTÓRICA ATRAVÉS DO DIREITO POSITIVO

*O direito natural não é algo de desencarnado das realidades terrenas, nem um direito meramente moral e sem valor jurídico, tal como ensinam erradamente alguns, partindo aliás de um falso pressuposto: a separação entre a moral e o direito.*

*Nos capítulos seguintes ver-se-á, primeiro, a unidade fundamental dessas duas ordens normativas que regem a atividade humana. Depois, serão considerados alguns aspectos do relacionamento entre ambas, a nos mostrarem, por um lado, a ordem jurídica positiva derivando da lei natural e, por outro, o direito natural inserindo-se no direito positivo.*



## CAPÍTULO IV

# O FUNDAMENTO OBJETIVO DA ORDEM MORAL E JURÍDICA

*Ius naturale continetur primo quidem in lege aeterna, secundario vero in naturali iudicatorio rationis humanae* (S. Th. I.<sup>a</sup> II.<sup>ae</sup>, q. 71, art. 6 ad 4).

O fundamento próximo da ordem moral e jurídica é a lei natural, ou seja, a própria natureza humana, pois o homem traz em si mesmo a sua lei, e os preceitos da reta razão lhe indicam o modo de agir humanamente.

Por outras palavras, o exato conhecimento da natureza humana permite conhecer as normas que o homem deve obedecer para viver como homem, isto é, conforme à sua natureza.

Estas normas, constituindo um paradigma da vida humana a que denominamos *lei natural*, normas manifestadas a nós pelo conhecimento da natureza humana, não somente coexistem com a natureza mas lhe preexistem, na mente divina, como exemplares ou arquétipos segundo os quais Deus fez o homem. Pois a natureza humana é criada por Deus segundo um tipo ou exemplar ontológico e para se conformar, nas suas atividades, a um ideal deontológico. Este ideal de conduta é concebido em função daquele exemplar ontológico e constitui, por sua vez, um exemplar de normatividade previamente fixo na mente divina.

Tal preordenação da conduta humana é o fundamento último e a norma suprema da moralidade



dos atos humanos e de toda a ordem moral e jurídica. É a lei da natureza enquanto na mente do Autor dessa natureza, o qual é também o legislador supremo do universo.

É a lei eterna, cuja irradiação, no homem, chamamos de lei natural.

Os animais brutos, em virtude da sua própria essência, operam por uma determinação que os leva aos mesmos atos quando em presença das mesmas circunstâncias. Seguem o instinto, submetidos ao determinismo da natureza e se acham ordenados entre si para um fim comum, que é o bem de todo o universo. Mas o homem, em virtude da sua própria essência, tem um modo de agir que o distingue nitidamente de todos os animais. Marcha em posição ereta, é capaz de falar, de rir, de conhecer as coisas e explicá-las, de fabricar instrumentos, de produzir obras de arte: é o *politikòn zóon* de Aristóteles, o *homo faber* de Bergson. Quanto aos animais, dada a essência de sua constituição biológica, procuram instintivamente os alimentos de que precisam e fogem de certos perigos para a própria vida, prevenidos pela estimativa natural; geram os semelhantes e amparam a prole durante o tempo que se faz necessário; nenhum deles é capaz, como o homem, de receber educação, mas alguns podem ser domesticados; vivem alguns isolados e até por vezes em estado de permanente agressividade contra os demais, enquanto outros mantêm uma sorte de vida gregária que lembra palidamente as sociedades humanas. O exame objetivo dos fatos, o conhecimento do modo de agir dos brutos e do homem, revela a existência de uma lei natural puramente biológica, expressão natural da vida dos animais, e a de uma lei natural humana.<sup>1</sup>

1. O homem está sujeito a uma lei biológica, a lei do seu organismo, e a uma lei moral, a lei de sua vontade livre. Com muita sabedoria, os nossos antigos escritores falavam no "reino humano", distinguindo-o dos outros reinos da natureza (o mineral, o vegetal e o animal). Desfazendo as ilusões do evolucionismo transformista, a biologia moderna volta a empregar a mesma linguagem, tão adequada para realçar o valor supremo e incompa-



Pelo que diz respeito ao homem, escreve Cathrein: "O que é a natureza humana e o que lhe pertence essencialmente, podemos aprendê-lo na experiência quotidiana. Do mesmo modo por que sabemos experimentalmente o que é um cavalo, uma flor, um cristal etc., podemos também, ainda em grau mais alto, pois aqui nos ajuda poderosamente a experiência interna, saber o que é o homem. Seguindo este caminho, chegamos ao conhecimento do homem como ser sensível, racional, composto de corpo e alma. Ele é o microcosmo em que se acham reunidos todos os seres da criação. Participa, com os seres anorgânicos, de tudo quanto é peculiar à matéria com suas propriedades físicas, químicas e sua força; com as plantas, tem de comum a vida vegetativa da nutrição e reprodução; com os animais, o conhecimento sensível e os apetites sensitivos. Tudo isto não é, entretanto, mais do que o tecido artístico da jóia celestial da alma dotada de razão e de livre vontade, que eleva o homem a senhor da criação visível. A ordem maravilhosa em que estão dispostos os maiores e os menores órgãos do homem, superando totalmente a arte humana, e ainda mais, a harmonia admirável com que todos esses numerosos e artísticos órgãos cooperam para formar, sustentar, aperfeiçoar e reproduzir o homem, demonstram com sobeja evidência que este não é obra de uma casualidade cega, mas a criação de uma inteligência onipotente e onisciente. Por sua vez a atividade da razão humana, capaz de conhecer e alcançar tantas coisas inacessíveis aos sentidos corpóreos, como os conceitos superiores do ser, da verdade, e os princípios universais do pensamento que nele se formam;

rável do homem no universo físico. Este valor está na inteligência, na liberdade, na imortalidade pessoal do homem, de que nem todos os *soi-disants* espiritualistas e defensores da "eminente dignidade da pessoa humana" se acham devidamente compenetrados. A expressão "reino humano" torna patente a superioridade do homem sobre os animais, superioridade esta que provém de uma diferença de natureza e não apenas de grau. Cf. Grasset, *La biologie humaine* e *Le dogme transformiste*. Entre os juristas, no mesmo sentido, Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, R. Sirey, Paris, 1937, pág. 13.



a tendência da vontade para a verdade, a felicidade, a beleza e o bem, e para um domínio cada vez maior na natureza — tudo isso nos assegura indubitavelmente que o homem não é simplesmente um animal aperfeiçoado. Sua razão não deriva da terra, mas do céu, é uma débil centelha da sabedoria, do poder e do bem eternos".<sup>2</sup>

Além disso, é também incontestável que, em todas as suas ações, operam os agentes naturais em vista de um fim ao qual tendem por natureza. Este fim é a conservação e o bem-estar do próprio ser, ou o benefício de outros seres e de todo o conjunto das cousas existentes na natureza. Há, em toda a natureza, uma finalidade externa, em vista da qual os seres inferiores se ordenam aos superiores e estão sujeitos a uma ordem natural nas suas relações mútuas, ordem que assegura a harmonia do universo. Esta ordem se nos manifesta de diversos modos: na atração dos corpos graves, na constância e sucessão uniforme do movimento dos astros, na regularidade das marés etc.

Da mesma forma, e ainda em virtude da sua essência ou natureza racional, o homem deve praticar as ações livres (isto é, aquelas que podem ser feitas de um modo ou de outro, conforme a determinação da vontade) sempre dentro de certos limites que lhe

2. V. Cathrein, *Filosofía del derecho*, trad. de A. Jardon e C. Barja, 4.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 1941, págs. 205-206. Conclui o autor, em seguida à citada passagem: "O Cristianismo derramou abundante luz sobre tais verdades, porém elas já são, por si, acessíveis à razão, como o provam os exemplos dos grandes filósofos da antigüidade, Sócrates, Platão, Aristóteles, Cícero e outros". É o que nos mostra o seguinte trecho de Confúcio, preludiando Santo Agostinho e Santo Tomás, e tantos filósofos, juristas e biólogos de nossos dias: "O homem, dizem os nossos antigos sábios, é um ser à parte, em que se reúnem as qualidades de todos os outros seres. Ele é dotado de inteligência, perfectibilidade, liberdade e sociabilidade; é capaz de discernir e comparar, de agir em vista de um fim e escolher os meios necessários para a consecução desse fim. Pode aperfeiçoar-se ou depravar-se, conforme o bom ou mau uso que fizer de sua liberdade; conhece virtudes e vícios e sente que tem deveres a cumprir para com o Céu, para consigo mesmo e para com o próximo..." (*apud* T. Rothe, *L'esprit du droit chez les anciens*, R. Sirey, Paris, 1928, págs. 154-155).



são assinalados pela própria natureza e fora dos quais tais ações se tornarão contrárias à razão. Por isso, quando vemos um adulto proceder infantilmente, logo o julgamos fora do que é normal para a natureza humana. Com maioria de razão, julgaríamos que um homem estaria procedendo contra o que convém à sua natureza se ele praticasse atos próprios de animais irracionais. Quando Nabucodonosor se atirava às plantas do seu jardim, debruçado sobre o solo como um animal no seu pasto, poderia alguém deixar de considerar a sua ação contrária à razão e ao proceder normal do homem? Deve, pois, o homem viver como homem: eis o sentido de todas as prescrições da lei natural humana. Deve, por exemplo, respeitar a honra do próximo, cumprir a palavra dada, restituir aos outros o que lhes pertence, em suma fazer sempre o que é bom e evitar o que é mau, entendendo-se por bom o que é conforme ao bem honesto, isto é, o que está de acordo com a razão.

A lei natural, fundamento de toda a ordem moral e jurídica, se nos manifesta por uma dupla fonte de conhecimento: razão e experiência. A razão faz conhecer o primeiro preceito da lei natural, a que se reduzem todos os demais preceitos: deve-se agir racionalmente, de um modo próprio do homem, fazendo o bem e evitando o mal. Na fórmula clássica: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*. E a experiência mostra, pela observação externa e a introspecção, em que consiste o bem para o homem.

Podemos considerar a lei natural, formal ou materialmente. O seu aspecto formal, conhecido pela razão, está na idéia do bem, da obrigação e, pelo que diz respeito à ordem jurídica, na idéia do justo.<sup>3</sup> O seu aspecto material, indicado pela experiência, está nas

3. Cf. Génry, *Méthode d'interprétation*, 162: ao direito pertence realizar não todo o bem, mas apenas essa parte do bem que forma propriamente o justo.



inclinações naturais do ser humano, que manifestam uma lei da natureza.<sup>4</sup>

Razão e experiência colaboram intimamente e não se podem separar uma da outra no conhecimento da lei natural.

Que se deve fazer o bem e evitar o mal, é isto um preceito da razão, longe, porém, de ser um princípio que a razão vem a conhecer por abstrações destituídas de fundamento no real ou por idéias inatas.

O bem é o objeto natural da vontade, assim como o ser é o objeto natural da inteligência. Do conceito de ser — o mais simples de todos, o que tem maior extensão e menor compreensão, o primeiro objeto alcançado pela inteligência — decorre imediatamente, sem necessidade de qualquer aprendizagem, o princípio de não contradição: um ser não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser e não ser. Semelhantemente, o primeiro princípio da ordem prática decorre imediatamente do conceito de bem. Lembremo-nos de que o bem é o próprio ser, enquanto apetecível, e que a noção de ser vem do sensível por abstração, supondo, portanto, a experiência.

Quando a inteligência passa do conhecimento do ser ao princípio de identidade e quando passa do conceito do bem ao primeiro princípio de ordem prática (ou melhor, quando colhe esses princípios nas idéias de ser e de bem, que já os contêm), isto se dá em virtude de uma aptidão natural da inteligência para conhecer tais princípios. Os princípios em questão são conaturais à inteligência, porém não são inatos. Para elaborar os seus juízos primeiríssimos, na ordem teórica e na ordem prática, não pode a inteligência prescindir da experiência sensível, que lhes fornece os termos desses mesmos juízos.

4. O direito natural é, pois, o que corresponde à natureza do direito (a idéia do justo) e à natureza do homem. É um erro derivá-lo simplesmente do conceito de direito, como faz Kant. Seria considerar apenas o elemento formal. Ora, a forma não existe sem a matéria, que no caso são as inclinações naturais do homem, por exemplo, a tendência para a vida social que Grócio chamava *appetitus societatis*.



Os primeiros princípios são evidentes (*principia per se nota*), sem que por isso sejam inatos. Assim, quando se diz “o todo é maior do que cada uma das partes”, formula-se um juízo que, por causa de sua evidência, não precisa ser demonstrado. Desde que se saiba o que é *todo* e o que é *parte*, imediatamente se é levado a dizer: “o todo é maior do que cada uma das partes”. Não se trata de um princípio inato, porque os termos dessa proposição não são idéias inatas mas sim adquiridas pela experiência. Entretanto, desde que já tenhamos estas idéias de *todo* e de *parte*, que nos foram fornecidas pela experiência, não é preciso uma nova experiência para afirmar: “o todo é maior do que cada uma das partes”.

O mesmo se dá com o primeiro princípio da lei natural. Desde que se tenha o conceito de bem, imediatamente se é levado a afirmar: o bem deve ser feito.

Todo homem, pelo simples fato de ser homem, isto é, usando da luz natural da razão, sabe que se deve fazer o bem e evitar o mal. Isto equivale a dizer: deve-se viver honestamente, deve-se agir de acordo com a razão. E sabe ainda em que consiste o bem a ser feito e o mal a evitar: sabe que deve conservar a própria vida e respeitar a vida do próximo, dar a cada um o que lhe pertence, restituir o alheio, obedecer à autoridade legítima, observar os contratos, não cometer adultério, não prestar falso testemunho e assim por diante.

Todos esses preceitos estão compendiados no Decálogo, que, como nota Cathrein, é um bem comum de todos os povos e de todos os tempos.

A influência das paixões e os desvios da inteligência podem levar os homens a cometer alguns erros na aplicação daqueles preceitos e mesmo à sua obliteração. Mas o fato é que os primeiros princípios da moralidade e do direito se revestem de um caráter de universalidade e perpetuidade atestados pelos documentos históricos e pelos escritores de todas as



épocas. Só observações apressadas e mal feitas têm induzido alguns à contestação deste valor universal.<sup>5</sup>

Se a razão — essa *naturalis ratio* cujo alcance os jurisconsultos romanos tão bem souberam aquilatar — aponta os princípios gerais da ação, especialmente o princípio generalíssimo *bonum est faciendum et malum vitandum*, a experiência dá o conhecimento das inclinações naturais do homem, conhecimento imprescindível para se saber concretamente em que consiste o bem humano, objeto dessas mesmas inclinações.

As inclinações naturais do homem são as que lhe competem como a uma substância viva, sensível e racional. Como toda substância, o homem tende para a própria conservação. Como os animais, tende o homem para sua reprodução. Como ser racional, enfim, tem ele uma série de inclinações que lhe são peculiares, entre as quais a tendência à vida social.<sup>6</sup>

Note-se que em todas essas inclinações, mesmo naquelas que o homem tem de comum com as substâncias inorgânicas e com as plantas e os animais, deve ser impresso o cunho da razão pela qual o homem é homem e sujeito de direitos.

Assim, a tendência para a reprodução não é no homem um instinto animal. Como observa Martyniak “a união de um macho e de uma fêmea não é idêntica à união de dois seres racionais. Esta última deve ser uma união humana e não uma união animal, pois que a inclinação humana não é e não pode ser, pela natureza das coisas, uma inclinação meramente animal”.<sup>7</sup>

Já os romanos haviam percebido que só os seres inteligentes podem ser sujeitos de direito, pois o di-

5. Sobre as variações da moral e dos primeiros princípios do direito, veja-se Simon Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, cap., VII.

6. Ver o texto clássico de Santo Tomás de Aquino na *Summa Theologica*, I.<sup>a</sup> II.<sup>æ</sup>, q. 94, art. 2.

7. C. Martyniak, *Le fondement objectif du droit d'après Saint Thomas d'Aquin*, P. Bossuet, Paris, 1931, pág. 110.



reito (no sentido de direito subjetivo, em que se toma aqui) é uma faculdade moral, o que supõe seres de natureza intelectual. Por isso, Ulpiano, que definiu o direito natural como aquilo que a natureza ensinou a todos os animais, afirmou por outro lado que os animais não podem ter direito porque carecem de razão.<sup>8</sup>

O que nos animais é um poder físico, um simples fato, torna-se no homem um direito. Toda substância tende para a própria conservação, mas só o homem tem direito à vida. Os animais brutos têm o instinto de reprodução, mas jamais constituem a sociedade conjugal com os direitos daí decorrentes, que são próprios do homem. Enfim, as inclinações naturais, no animal, são puramente biológicas, enquanto no homem, a essas inclinações correspondem direitos.

Os princípios universais da atividade humana e as inclinações próprias de todo homem atestam, pois, a existência de uma ordem natural. A razão formula tais princípios com base na experiência sensível. E tais inclinações, a experiência dá a conhecer guiada pela razão. Há uma ordem natural no domínio das ações livres do homem, assim como nas relações do homem com o universo e nas relações de todos os agentes naturais entre si.

8. D.1.1.1., 3 e D.9.1.3: neste segundo trecho, diz Ulpiano: *nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*. Quando, pois, o mesmo autor definiu o direito natural como o que a natureza ensina a todos os animais, ele não quis, com isto, atribuir direitos aos animais, mas simplesmente dizer que há certas inclinações que se encontram no homem e o animal, inclinações estas que só no caso do homem podem dar origem a direitos. Veja-se a explicação de Savigny e a de Cathrein, em Alexandre Correia, *O conceito de ius naturale, gentium et civile no direito romano*, nota 10: "Muitas ações, como as que supõem o instinto de conservação e de reprodução, sendo instintivas, são comuns ao homem e ao animal, embora o homem as submeta à razão, e o animal seja levado pelo puro instinto... Donde o poder conceber-se, como faz Ulpiano, um direito natural materialmente comum aos homens e aos animais". Por outras palavras, o que se atribui aos animais é "propriamente a matéria e não a forma do direito".



Ora, esta ordem e a determinação para o agir conforme à própria essência não se podem explicar sem um princípio determinante e ordenador.

Por sua vez, este princípio ordenador deve necessariamente abranger os fins e a relação dos meios para os fins, pois do contrário não ordenaria para um fim, nem determinaria os seres naturais a atuarem conforme a sua essência ou natureza. Logo, deve ser um princípio inteligente.

Não há nenhum antropomorfismo em atribuir inteligência ao princípio ordenador do universo. Pois isto não quer dizer que o princípio supremo ordenador tenha uma inteligência como nós homens a temos, ou que use dos processos peculiares ao intelecto humano. A rigor, nem se deve dizer que esse *Princípio* tem inteligência ou é inteligente, mais sim que é a *Inteligência* (na lição de Aristóteles, o *pensamento é a sua própria essência*). Como é possível ordenar em vista de um fim sem o conhecimento de tal fim e dos meios adequados para o conseguir? O acaso e o instinto não explicam nada, porque a ordem supõe que o meio tem sua razão de ser no fim e é a inteligência que conhece a razão de ser das coisas. Como é possível determinar que um ser tenha este ou aquele modo de agir conforme a sua natureza, sem previamente conhecer esta natureza? O princípio ordenador deve, pois, ter em sua inteligência, além da razão de ser dos fins e dos meios, as razões formais dos seres da natureza: é, pois, a *causa eficiente* e também a *causa formal exemplar* de tudo o que existe.

Tudo isto mostra como a ordem natural, expressa pelo determinismo das leis físicas e pela livre sujeição dos atos humanos à lei moral, supõe uma Inteligência Ordenadora que não pode ser outra senão a de Deus, Autor da natureza.<sup>9</sup>

9. A Inteligência Ordenadora deve ser sapientíssima, distinta do mundo e suprema. Cf. Gredt, *Elementa philosophiae aristotelico-thomisticae* 790, th. 31, arg. V: *Hic ordinator est sapientissimus, quia ordinando pulcherrima artefacta produxit et certo est distinctus a mundo rerum cognitione carentium, quae ipsae ad*



A inteligência divina concebe os seres tais como eles são e assim os concebe desde toda a eternidade. Deus nada pode conceber no tempo. Eterna é a concepção de sua mente, concepção que representa o tipo ou exemplar dos seres criados e a norma segundo a qual deverão operar os mesmos seres.

Há, pois, uma lei eterna, que se manifesta no universo pelas leis físicas, pelas leis biológicas e pela lei moral. Os diversos seres da natureza se acham submetidos ao domínio dessa lei, cada um conforme a sua própria essência. Os seres corpóreos, nos seus movimentos, se submetem a ela de maneira fisicamente necessária, e os seres espirituais, pela inteligência e a liberdade do seu agir, isto é, com necessidade moral e não física. Por isso mesmo, o homem — esse admirável “microcosmo”, ser composto de alma espiritual e corpo orgânico — está, pelo seu corpo, sujeito à lei física e à lei biológica, e, pela sua vontade livre, sujeito à lei moral.

Para evitar o absurdo das pseudo-explicações da ordem do universo pelo acaso, ou admitimos a criação do mundo por Deus, a lei eterna e a Providência, ou somos levados ao panteísmo.

Eis por que toda filosofia do direito, desde que não seja uma simples teoria geral do direito recusando a possibilidade de conhecer o fundamento da ordem jurídica, mas sim uma investigação das razões de ser do direito, é necessariamente teológica, não se tratando aqui — é óbvio — da teologia revelada. A ordem jurídica e a ordem moral não se podem compreender sem a lei eterna, nem mesmo que se negue a existência da obrigação moral (como faz Guyau na sua “moral sem obrigação nem sanção”) e que se dêem à obrigação jurídica por único fundamento as sanções do poder público, independentes de qualquer submissão do legislador a um critério objetivo e superior de justiça. Pois neste caso, a autonomia absoluta

*finem se ordinare non possunt. Hic ordinator aut est supremus a nullo dependens aut non est supremus. Cum autem processus in infinitum repugnet, deveniendum est ad ordinatorem supremum a nullo alio dependentem.*



da vontade arvorada em única regra de moralidade, e a vontade do legislador como princípio do direito, são expressões da força imanente no universo, que seria o princípio universal da ordem. Tal é, por exemplo, a concepção de Spinoza em sua doutrina de direito natural de fundamento panteísta, certamente muito mais lógica que a dos adeptos do direito natural puramente humano e independente da lei eterna.<sup>10</sup>

De fato, ou há uma justiça natural objetiva ou não. Se há uma justiça natural objetiva que os legisladores devem respeitar, é porque há um direito natural (pois a justiça não existe sem o direito, que é o seu objeto) e, portanto, uma ordem jurídica natural. Ora, a ordem natural, quer se trate de uma ordem física, quer de uma ordem moral ou jurídica, supõe a lei eterna, isto é, uma ordenação divina, pois não pode ser produto do acaso. Se não há uma justiça natural objetiva que se imponha à observância do legislador, então todo o direito se reduz a uma expressão arbitrária da força preponderante na sociedade. Mas neste caso, há uma justiça natural subjetiva (*iustum quia iussum est*) e digo natural porque, desde que não haja um critério objetivo do justo, é conforme à ordem natural das coisas que os legisladores façam da sua vontade a fonte única do direito e da justiça. O direito, então, é a força — *Recht ist Macht!* — e a força é sempre a ordem natural. Logo, neste caso, todo direito positivo deverá considerar-se um direito natural, mesmo nas disposições que julgamos tirânicas, porquanto não há nenhum critério superior ao das ordens do detentor da autoridade e ao poder legisla-

10. Cf. R. Stammler, *Rechts und Staatstheorien der Neuzeit*, 2.<sup>a</sup> ed., W. de Gryter Co., Berlim, 1925, pág. 22: "Para Spinoza é a *substância* o fundamento determinante e ativo de todas as coisas. Estas derivam necessariamente daquela. Pode-se chamá-la *Deus* ou *natureza*... O homem é apenas um *modus* da substância única total... Entretanto, procurou Spinoza fundar um direito *natural*. Considera-o, porém, de acordo com a sua concepção geral, no sentido de uma *lei da natureza*. A natureza determina cada indivíduo a ser e agir de certo modo. Por natureza, tem cada indivíduo tanto direito quanto força: é o direito natural dos peixes nadarem e dos peixes maiores comerem os menores".



tivo, não há critério nenhum que permita qualificar os déspotas.

Caímos, assim, numa espécie de direito natural passional, semelhante ao de Hobbes e de Spinoza.

E no fundo desta concepção de direito natural passional e “arbitrário”, há a idéia de uma lei eterna, o princípio imanente do universo que tudo ordena pela força.<sup>11</sup>

Os positivistas negam o direito natural, mas geralmente procuram apresentar um sucedâneo desta idéia para servir de fundamento da ordem jurídica positiva, isto é, um critério superior e objetivo de justiça que faça com que o direito não seja uma expressão arbitrária da força.<sup>12</sup> É o que se dá com o *droit objectif* de Léon Duguit, o qual não é outra coisa senão um direito natural disfarçado. Esse critério (por exemplo, a “solidariedade”, de Duguit) tem um valor universal e permanente e se baseia na própria natureza (a natureza social do homem, no caso de Duguit). Ora, não é isto reconhecer claramente a existência de uma lei natural? E reconhecida a lei natural, importa reconhecer a lei eterna.

Em uma publicação de *Aristotelian Society of Marquette University*, Yves Simon dá-nos a seguinte nota, penetrante e esclarecedora, sobre a lei natural e a lei eterna: “A lei civil não é uma regra suficiente por si mesma e independente; o verdadeiro sentido em que todos (inclusive os adeptos do positivismo jurídico) falam e pensam na lei positiva prova que a lei positiva participa de uma lei superior (*higher law*), isto é, de um corpo de princípios em si mesmos evidentes e que nós chamamos lei natural. Assim, a primeira concepção da lei natural é a de um corpo de preceitos emitidos pela razão. Por outro lado, esses preceitos se referem à natureza das coisas que é anterior à razão. Como o princípio de identidade regulamenta o real antes de ser reconhecido e for-

11. O pensamento especificamente moderno filosófico-jurídico ou político reproduz o imanentismo da gnose, segundo, entre outros autores, o têm feito ver Eric Voegelin e Thomas Molnar.

12. Cf. *supra* cap. II.



mulado pela razão, assim também os princípios de moralidade são imanentes em a natureza humana antes de serem reconhecidos e promulgados pela razão humana. Ainda mais: como a razão teórica, ao formular o princípio de identidade, nele reconhece a lei suprema do ser, assim também a razão prática, ao formular seus princípios em si mesmos evidentes, tem por fim somente reconhecer e exprimir, na forma de preceitos obrigatórios, as tendências fundamentais da natureza humana (S. Th. I.<sup>a</sup> II.<sup>ae</sup>, 94,2). Assim, a lei natural existe em a natureza humana antes de existir na razão humana. Aí está por que é preciso dar um passo adiante e reconhecer que a lei natural participa da lei eterna, é idêntica à razão de Deus”.<sup>13</sup>

Desde Hugo Grócio, certas doutrinas de direito natural prescindem da lei eterna. A posição dos adeptos de tais doutrinas não é, seguramente, das mais lógicas. Reconhecem eles a existência de uma ordem jurídica natural. Ora, toda ordem supõe uma energia ordenadora e, tratando-se de uma ordem natural, esta energia não pode ser senão a do princípio causal da natureza. Se este princípio não for Deus Criador, transcendente ao mundo e pessoal, será — como ensinava, na antigüidade, o estoicismo — um princípio divino imanente à natureza (panteísmo). E é esta a idéia que realmente se encontra implícita nas doutrinas de direito natural que pretendem prescindir da lei eterna, mas a admitem por um panteísmo mais ou menos inconsciente.

Importa, pois, reconhecer na lei eterna o fundamento do direito natural.

Que é a lei eterna? É a própria lei natural enquanto considerada na razão divina. Como diz Vareilles-Sommières, “a lei natural bem merece este nome porque decorre forçosamente da natureza. Cha-

13. Yves Simon, *Nature and functions of authority*, The Aquinas Lecture, Marquette University, 1940, págs. 50-51. Diz o autor que os próprios positivistas dão a entender que a lei positiva participa de uma lei superior. É o que se dá com Léon Duguit: o direito positivo participa da regra de direito objetivo — *a higher law!* — que resulta da solidariedade humana.



ma-se ainda lei eterna porque ela foi concebida e querida desde toda a eternidade e para toda a eternidade por Deus eterno. A lei eterna e a lei natural não são duas coisas diferentes como a leitura superficial dos teólogos poderia fazer crer. São uma só e a mesma lei; que se chama lei eterna quando se considera como decretada no espírito do supremo Legislador, lei natural quando se considera como promulgada no espírito do homem".<sup>14</sup>

A lei natural tem, pois, o seu fundamento último na razão divina, que a concebe desde toda a eternidade e da qual participa a razão humana ao conhecer os preceitos do direito natural.

Tal concepção da lei natural, participação da lei eterna, e a identificação da lei eterna com a razão divina, isto é, com a própria essência divina — pois que em Deus a razão não é uma faculdade distinta, como no homem — é uma verdade enunciada nas Escrituras desde o Antigo Testamento. O Cristianismo veio torná-la inequivocamente conhecida, e já a filosofia antiga chegara a alcançá-la, embora no meio

14. Vareilles Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, Cotillon Guillaumin, Paris, 1889, pág. 29. Cf. Yves Simon, *loc. cit.*: "Observando o comportamento de um condutor de veículos numa cidade populosa, vejo que ele encarna uma certa regra; esta regra foi emitida por uma razão governadora, existiu numa razão governadora antes de existir no comportamento efetivo desses condutores de veículos. Podemos dizer que a regra, enquanto existe nesse comportamento de fato, é subordinada ou participa da regra que existe na razão governadora. Ora, a regra é uma e a mesma; se justamente executada, ela tem o mesmo conteúdo, quer no comportamento efetivo que a encarna, quer na razão governadora que a emite, *in mensura et in mensurato*. Este é o modo pelo qual a lei natural, como um preceito da razão humana, é subordinada à lei natural imanente à natureza humana, à lei eterna, que é a razão divina. O conteúdo da lei permanece o mesmo, sua condição existencial, ou seu estado, é diverso. Na razão divina a lei natural, como um aspecto da lei eterna, existe em estado de personalidade; na natureza, em estado de impersonalidade; finalmente, na razão humana, existe novamente em estado de personalidade." Por sua vez, Georges Kalinowski: "A lei natural é a face humana da lei eterna, se é permitido empregar esta linguagem figurada" (*Le fondement objectif du droit selon la "Somme Théologique" de Saint Thomas d'Aquin*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 18, 1973, pág. 69).



das vacilações próprias do pensamento humano sempre que não esclarecido pelas luzes da Revelação. Noções da Revelação primitiva foram guardadas por todos os povos, mas aos poucos se deturparam envolvendo-se nas lendas e fantasias mitológicas.

O direito natural é redutível a um conjunto de princípios evidentes em si mesmos, tais como os *principia per se nota* da ordem especulativa. Seu conhecimento completo nos vem da experiência interpretada à luz dos primeiros princípios da ordem prática, princípios que, por serem conaturais à razão humana, se dizem de senso comum. Por isso, a própria razão nos leva ao conceito de direito natural. Donde o dizer São Paulo que mesmo os que não receberam a Revelação e não foram instruídos nos preceitos do Decálogo conhecem a lei de Deus, porque a trazem em si mesmos, isto é, imanente em sua natureza e cognoscível à luz da razão. E o Salmista: *Signatum est super nos lumen vultus tui, Domine!*<sup>15</sup>

Portanto, a concepção do direito natural, se não supõe necessariamente a Revelação, entretanto supõe a lei eterna e, neste sentido, é uma concepção teológica. Tal como a metafísica de Aristóteles, chamada pelo autor, que não conheceu a Revelação, filosofia teológica.

Eis por que, embora sem medir talvez todo o alcance de suas palavras, Ledru-Rollin escreveu: "O direito desperta o homem para a consciência de sua dignidade, fazendo-o participar da obra divina".<sup>16</sup>

A lei, por excelência, é a lei eterna. Todas as outras leis são leis por participação.

E a lei positiva só é verdadeira lei na medida em que participa da lei natural, a qual, por sua vez, é uma participação da lei eterna no homem.

15. Rom. II, 14 e Ps. IV, 7.

16. Ledru-Rollin, *De l'influence de l'école française sur le droit au XIX<sup>ème</sup> siècle*, introdução ao Repertório Geral do *Journal du Palais*. De fato, o direito faz o homem participar da obra divina. A lei natural, fundamento de toda a ordem jurídica, é, como a definiu S. Tomás uma *participatio legis aeternae in rationali creatura*.



## CAPÍTULO V

# DIREITO NATURAL E DIREITO HISTÓRICO \*

(A PROPÓSITO DA FILOSOFIA JURÍDICA DE  
GIAMBATTISTA VICO)

### 1. Equivocações do positivismo jurídico

As críticas dirigidas à idéia de direito natural em nome da variação da moral e do direito no tempo e no espaço — variação diante da qual parece insustentável a afirmação de um direito universal e imutável — procedem geralmente de um desconhecimento daquela idéia no seu significado autêntico. Significado este que se nos apresenta na continuidade de uma longa tradição, despontada com os filósofos gregos e anunciada no brado de Antígona, corroborada pelos jurisconsultos romanos, enriquecida pelos teólogos e canonistas da Idade Média, consolidada definitivamente por Santo Tomás de Aquino e pela escola espanhola do *siglo de oro*, e florescente na filosofia do direito do século XX.

Nessa linha de pensamento, legitimamente inserida na *philosophia perennis*, segundo a expressão leibniziana, o direito natural é uma noção a expres-

\* Comunicação apresentada ao *Convegno di Studi sull'Opera di Giambattista Vico*, Bari, 7-8 de dezembro de 1975.



sar um critério objetivo de justiça pelo qual aferir o justo e o injusto das normas de direito positivo. Se um eminente filósofo do direito destas últimas décadas suscitou a questão do “direito justo” é exatamente porque se deve procurar um padrão mediante o qual medir a justiça das leis humanas, que podem dela desviar-se, estabelecendo assim uma legalidade ilegítima. A diferença entre legalidade e legitimidade tem sido também, ultimamente, bastante aventada.

Para usar das palavras de Leo Strauss, em *Natural Right and History*: “Rejeitar a idéia de direito natural equivale a dizer que todo direito é positivo, ou seja que o direito é determinado exclusivamente pelos legisladores e os tribunais dos diferentes países. Ora é evidente que é perfeitamente sensato e muitas vezes mesmo necessário falar aqui de leis ou decisões injustas”.<sup>1</sup>

O mesmo foi dito por Cícero, ao escrever com as louçanias do seu estilo: “Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juizes, constituíssem o direito, então para criar o direito ao latrocínio, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria bastante que tais modos de agir tivessem o beneplácito da sociedade. Se tanto fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das coisas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injúria em direito, não poderia converter o mal no bem? É que, para distinguir as leis boas das más outra norma não temos que não a da natureza”.<sup>2</sup>

Aí está precisamente a distinção feita por Aristóteles entre o “justo natural” e o “justo legal” e por Santo Tomás de Aquino entre o justo por natureza (*ex ipsa natura rei*) e o justo por convenção (*ex con-*

1. L. Strauss, na tradução francesa da obra citada (*Droit naturel et histoire*), Plon, Paris, pág. 14).

2. M. T. Cícero, *De legibus*, I, 16.























































































































































































































































































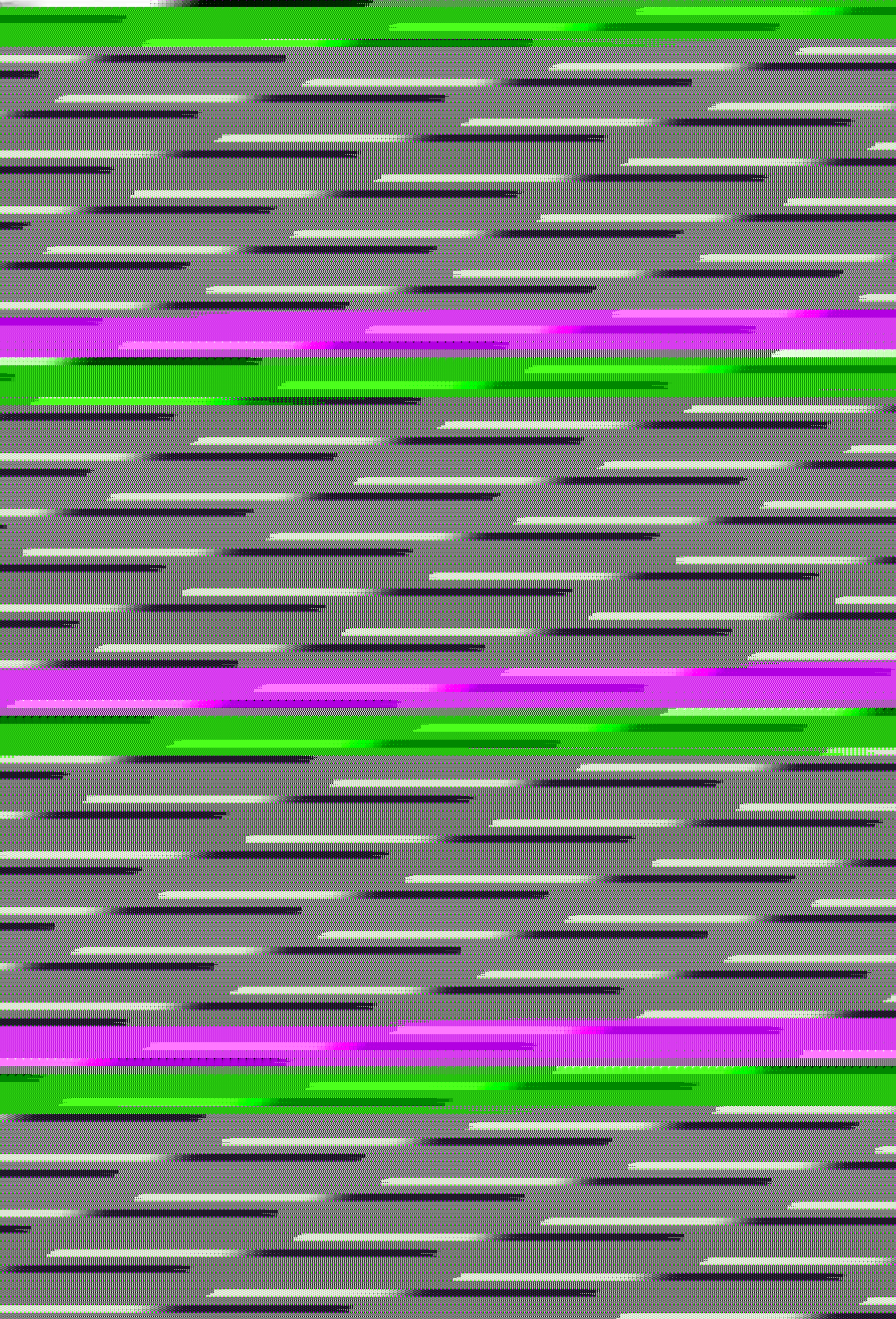














Composto e impresso pela  
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.  
Rua Conde de Sarzedas, 38 — Tel. 36-6958 (PBX)  
01512 — S. Paulo — Brasil  
em 1977, ano  
do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos  
Jurídicos no Brasil,  
Ano do Cinquentenário da Empresa Gráfica  
da Revista dos Tribunais S.A.  
e publicação do volume 500<sup>o</sup>  
da  
*Revista dos Tribunais*